

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
FACULDADE DE DIREITO

FABIO MONTEIRO LIMA

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO ELEITORAL:  
A Situação dos Eleitores e dos Meios de Imprensa Escrita e Eletrônica

Brasília,  
Dezembro de 2013

Fabio Monteiro Lima

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO ELEITORAL:  
A Situação dos Eleitores e dos Meios de Imprensa Escrita e Eletrônica**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (UnB),  
como requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras

Brasília  
Dezembro de 2013

Fabio Monteiro Lima  
A Liberdade de Expressão no Direito Eleitoral

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (UnB)  
como requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito, aprovado com conceito  
[... ]  
Brasília (DF), 12 de dezembro de 2013.

---

Prof. Dr. Antônio Augusto Brandão Aras  
**Professor Orientador**

---

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima  
**Membro da Banca Examinadora**

---

Bel. Rafael Santiago  
**Membro da Banca Examinadora**

Aos meus pais,  
Pelo apoio incondicional que me  
concederam ao longo destes cinco anos  
de graduação. Este trabalho é de vocês.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus, antes de tudo, por ter conduzido cada um dos meus passos em segurança para que pudesse realizar este imenso sonho e desafio de me graduar em Direito pela Universidade de Brasília.

Aos meus pais, por sempre acreditarem nos meus sonhos, apoiando com todos os meios possíveis e impossíveis, se fazendo presentes mesmo na ausência, superando distâncias e dificuldades, me provendo a melhor educação que poderia querer.

A Amanda Fontenelli, minha namorada, pelo amor, carinho, compreensão, apoio e atenta revisão, que foram decisivos no sucesso deste estudo.

Aos meus bons amigos da graduação, na pessoa do Daniel Ramos com quem dividi apartamento, por terem feito destes os melhores anos da minha vida.

À Aliança pela Liberdade, grupo político da Universidade de Brasília, que me permitiu aprender na prática o valor da liberdade de cátedra, de manifestação do pensamento, do pluralismo político. Ao Nilton Carlo, Leonardo Volpatti, Saulo Said e Carlos Goés, por exemplo, pelos ótimos debates presenciais e eletrônicos que amadureceram minha noção de liberdade e de política.

Aos meus estágios, experiências de valor inestimável na minha formação acadêmica. Ao Ministério da Justiça e Ministério Público Federal e os escritórios de advocacia Torreão Braz, Caputo Bastos e Fruet e Cezar Britto Advogados Associados, pelos profissionais inspiradores, desafios e ensinamentos que recebi em todos eles.

Um agradecimento pessoal aos Drs. Carlos Enrique e Carlos Eduardo Caputo Bastos, primeiras referências que tive em Direito Eleitoral, decisivos na escolha deste tema e no meu encantamento com esta área do Direito.

A toda a equipe do CBA – Drs. Cezar Britto, Rodrigo Camargo, Rodrigo Mesquita, Antônio Escrivão, assim como Danilo Lima e Andreia Mendes – pelo apoio e compreensão nestes meses decisivos.

Ao meu orientador, Prof. Augusto Aras, pelos ensinamentos e disponibilidade.

A todos, o meu muito obrigado!

## **RESUMO**

Esta monografia discute as limitações às liberdades de expressão e de imprensa de eleitores e órgãos de comunicação social em meio impresso e eletrônico no período eleitoral, nos termos da jurisprudência da Justiça Eleitoral brasileira, em especial quanto às proibições de propaganda, ao abuso de poder econômico por uso indevido dos meios de comunicação social e por danos à honra, imagem, intimidade e vida privada. Esta análise se funda em um aporte crítico às teorias neoconstitucionalistas adotadas no Brasil, evidenciando, pela análise de casos, as inconsistências e inadequações que a ponderação tem gerado, o que levou a um incremento de insegurança jurídica, dificultando a tomada de decisão pelos agentes envolvidos e beneficiando, por via transversa, aqueles dotados de maior poder econômico para enfrentar os riscos da atividade. A partir das contribuições de Humberto Ávila e Marcelo Neves, propõe-se um modelo que valorize as regras constitucionais e uma técnica interpretativa que não recorra indiscriminadamente à ponderação. Em paralelo busca-se conceituar os dispositivos normativos do art. 220, caput e §1º, da Constituição da República de 1988 como regra constitucional, portanto dotada de concretude, abrangência e exclusividade na tomada de decisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO ELEITORAL, CONSTITUCIONAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMPRENSA. NEOCONSTITUCIONALISMO, REGRAS, PRINCÍPIOS, ABUSO DE PODER; USO INDEVIDO DA MÍDIA; INTERNET.

## **ABSTRACT**

This study debates the limitations to the freedom of expression and freedom of press of the electors and the print and electronic media during electoral period in Brazil, as seen the jurisprudence of Brazil's Electoral Justice, especially in what concerns the marketing limits, economic power abuse by uneven use of the media, and damages to honor, personal image, intimacy and privacy. This analysis focus on a critic view of the theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy as adopted by Brazilian doctrine, concluding by the case studies that these theories led to a lower enforcement of the law, increasing the costs of information to the decision makers, thereby improving the advantages of those with bigger economic power. Based on the contributions of Humberto Ávila and Marcelo Neves, it proposes a model that respects rules as much as principles and a law application theory that doesn't use the balance of principles scheme in every case. By side, it provides a conception of the freedom of press in the art. 220, of the Brazilian Constitution as a constitutional rule, instead of principle, thereby owner of wideness and exclusivity in the decision-making process.

**KEY WORDS:** ELECTORAL LAW, CONSTITUTIONAL, FREEDOM OF EXPRESSION, PRESS, LAW AND MORAL, RULES, PRINCIPLES, RIGHT ABUSE, MEDIA, INTERNET.

## LISTA DE SIGLAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TRE-SC – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

TRE-SP – Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

TRE-MG – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

LE – Lei das Eleições

AgRg – Agravo Regimental

AI ou Agi – Agravo de Instrumento

RE – Recurso Extraordinário (no STF)

RE – Recurso Eleitoral (nos Tribunais Regionais Eleitorais)

RESPE – Recurso Especial Eleitoral

RP - Representação

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.Democracia e Direito Eleitoral.....	9
2Regimes jurídicos de controle de discursos no direito eleitoral.....	10
3 A adequada aplicação de princípios e regras.....	14
4 Elementos da técnica do Direito Eleitoral.....	15
5 Conclusão .....	17
<b>1   DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>18</b>
1.1 A doutrina constitucional majoritária .....	19
1.2 Críticas Nacionais ao Neoconstitucionalismo.....	21
1.3 Breve distinção entre normas constitucionais e propostas metodológicas em Neves e Ávila. 29	
1.4 Conceito Adotado .....	32
<b>2   CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA .....</b>	<b>35</b>
2.1 Direitos Fundamentais como princípios jurídicos pela doutrina dominante .....	35
2.2 Liberdade de expressão como princípio e liberdade de imprensa como regra constitucional	41
<b>3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE ELEITORES E DA LIBERDADE DE IMPRENSA. ....</b>	<b>51</b>
3.1 Caracterização de órgão de comunicação social. ....	52
3.2 As balizas à manifestação dos eleitores .....	54
3.3 Imprensa escrita e eletrônica. Propaganda Irregular e Abuso de Poder Econômico.....	56
3.4 O dano à honra. Propaganda reversa por eleitor ou por órgão de imprensa.....	63
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>



## INTRODUÇÃO

### 1. Democracia e Direito Eleitoral

O Estado Democrático de Direito é marcado pela busca da legitimidade racional para o exercício do poder. Neste sentido, a história moderna das nações ocidentais presenciou a consolidação de diversos elementos que cada momento político entendeu como essenciais para o alcance deste objetivo. E assim surge a dupla caracterização: o Estado deve ser democrático, garantindo que o poder emane do povo, do conjunto dos indivíduos plenamente capazes e reconhecidos no exercício da cidadania, em oposição a conchaves ou líderes autocráticos; de Direito, pois o corpo estatal também se submete ao regramento que estabelece reconhecido como império da Lei.

Sendo assim, uma função precípua do Direito é a de regular o exercício do princípio Democrático. No Brasil, no contexto do primeiro governo Vargas, através do Decreto 21.076/1932 é instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas (art. 5º<sup>1</sup>). Ressalta-se ainda a competência normativa, art. 14, alínea 4, do então Tribunal Superior da Justiça Eleitoral para “fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias”.

A despeito de o atual Código Eleitoral datar de 1965 (Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965), apenas em 1997 o Brasil passou a contar com Lei fixa para as Eleições em geral (Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997), até então eram utilizadas leis temporárias para cada pleito, conhecidas como lei do ano (CONEGLIAN, 2012), o que reforçou o casuísmo e prejudicou a criação de uma tradição jurisprudencial na Justiça Eleitoral.

---

<sup>1</sup>Da Justiça Eleitoral

Art. 5º É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas.

Parágrafo único. São órgãos da Justiça Eleitoral:

1º) um Tribunal Superior, na Capital da República;

2º) um Tribunal Regional, na Capital de cada Estado, no Distrito Federal, e na sede do Governo do Território do Acre;

3º) juizes eleitorais nas comarcas, distritos ou termos judiciários.

Nesse cenário, a Justiça Eleitoral brasileira se mostra como um conjunto de órgãos do Poder Judiciário com funções jurisdicionais, administrativas, normativas e de polícia<sup>2</sup>, com o objetivo de administrar as eleições, resolvendo os conflitos jurídicos dela decorrentes ou correlatos, de forma a buscar garantir a legitimidade do sufrágio.

Portanto, tratar da Justiça Eleitoral é tratar de elementos centrais de dicção do Direito na regulação da base do elemento Democrático do Estado. A garantia da efetividade da democracia deve-se primar quando se discute qualquer temática em Direito Eleitoral.

O procedimento eleitoral é, eminentemente, dialógico, na medida em que candidatos, partidos e coligações buscam entender os eleitores, a fim de lhes responder suas expectativas. O acesso aos meios de comunicação – nas mais variadas formas – é uma ferramenta a serviço da democracia, pelo que é o maior trunfo de uma candidatura, como pode ser seu maior risco.

Logo, o controle dos discursos é o controle das eleições e o conseqüente controle dos governos e do Estado. É tarefa a ser realizada minuciosa e criteriosamente, impondo prudência e isenção ao julgador.

Conforme se verá adiante, a história mostrou e insculpiu em nossa Carta Constitucional o direito à liberdade de expressão como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, delimitando as restrições possíveis em função de sua centralidade para a legitimidade do ordenamento jurídico.

## **2 Regimes jurídicos de controle de discursos no direito eleitoral.**

Para fins meramente didáticos, serão separados os sujeitos participantes do período eleitoral em quatro grupos: (i) agentes públicos; (ii) candidatos, partidos e coligações; (iii) órgãos de imprensa e (iv) eleitores.

---

<sup>2</sup> Lei n. 9.504/97, art. 41, §1º: O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Em que pese o voto universal, neste estudo qualquer referência a eleitores ou eleitorado deve ser entendida excluindo os integrantes dos três demais grupos.

É elementar perceber que cada um destes grupos, sem olvidar suas diferenças internas, está submetido a regimes jurídicos próprios, no que tange seu comportamento ao longo do período eleitoral, com diferentes fundamentos constitucionais, pelo que, para a adequada delimitação do objeto deste estudo, analisam-se brevemente estas diferenças.

O agente público está investido de *múnus* público, gerencia verbas estatais, representa a sociedade como um todo. Seus atos, doravante, repercutem em ampla esfera de interesses e é objeto de constante e imprescindível regramento legal e constitucional.

A Constituição da República de 1988 (CRFB) dedica o seu Capítulo VII, em especial a Seção II, a regular atividades da administração e dos seus integrantes através de princípios e regras.

Dentre os princípios, impende destacar o da impessoalidade, disposto no caput do art. 37<sup>3</sup>. Decorrencia direta do princípio da isonomia e com posição central à própria conceituação de Estado de Direito, esta norma informa que o Estado deve se manter equidistante dos cidadãos e de interesses particulares.

Portanto, exige-se o agente público agir sempre em consonância com a lei e em defesa e promoção de direitos e interesses juridicamente protegidos de maneira equilibrada entre as esferas da sociedade.

Quanto ao cerne deste princípio é uníssona a doutrina ao ditar que:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou deterimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

---

<sup>3</sup>Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

(MELLO, 2013, p. 117)

Desta feita, gozam de certa fundamentação constitucional as regras da legislação eleitoral, em especial as que controlam a participação de agentes públicos nas campanhas (art. 73 SS da Lei 9.504/97), determinando as condutas vedadas pela Lei das Eleições.

O resguardo da coisa pública e da imparcialidade da máquina pública, no período eleitoral, tem fundamentação totalmente distinta da que possa vir a ser aplicada aos eleitores, despidos de tal vínculo. Por encetarem questões jurídicas para além do debate concernente à expressão de idéias e opiniões, estarão excluídos do objeto desta monografia os agentes públicos em sentido lato.

Também não busca este estudo se debruçar sobre o emaranhado de regras concernente ao comportamento dos candidatos, partidos e coligações, os principais interessados no resultado do pleito.

De fato, a liberdade de expressão se aplica também – ao menos em abstrato – à propaganda eleitoral. Todavia, as restrições que lhe são impostas, em regra relativas à forma, quantidade e ao momento, decorrem do estrito termo da lei. Portanto, ao se questionar as reprimendas concernentes à propaganda eleitoral, deve se inquirir a correspondência da decisão judicial com a Lei das Eleições e a constitucionalidade do dispositivo que a embasa. Há, ao menos, um claro, vigente e específico regramento jurídico. Pelas especificidades deste regime jurídico e o longo estudo técnico que recebe, não comporá o objeto deste estudo.

Já dentre os meios de comunicação é essencial fazer uma subdivisão, separando órgãos de imprensa por radiodifusão, de um lado, e a imprensa escrita e eletrônica, de outra banda.

Conforme os arts. 21 XI e XII<sup>4</sup>, c/c art. 223 da Constituição de República de 1988, o espectro eletromagnético, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens assim como as telecomunicações integram o patrimônio União, devendo os serviços serem prestados pelo Estado diretamente ou mediante concessão pública.

Os órgãos de radiodifusão (emissoras de Rádio e Televisão), ainda que privados, são concessionários públicos, gerenciam bem público, sendo aplicáveis a eles, ao menos em parte, as limitações referentes aos agentes e bens públicos na lei eleitoral em respeito, novamente, ao princípio da imparcialidade da administração.

A imprensa escrita, ao revés, não está sujeita a qualquer limitação constitucional ou legal. A última barreira, a Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967) que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação” foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 130, em histórico acórdão de 30/04/2009.

O regime jurídico aplicável aos órgãos de imprensa escrita e eletrônica haveria de ser o mesmo regime aplicado aos eleitores em geral. Estes agentes, pessoas físicas e jurídicas, devem ter mantida em todo momento a integridade da sua liberdade de expressão, na forma ampla prevista nos arts. 5º, IV e IX, c/c 220 da própria Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

---

<sup>4</sup>Art. 21: Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) ~~os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;~~  
a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Onde a Constituição não discrimina, não cabe ao interprete discriminar, dita o brocardo jurídico. Por analogia, onde a Constituição veda qualquer embaraço, não pode o julgador criar dificuldades.

Desta feita, este estudo monográfico pretende analisar, ainda que sucintamente, as limitações à liberdade de expressão dos eleitores, em especial na internet, e dos meios de comunicação em mídia impressa e eletrônica no período eleitoral.

O que se busca compreender é como estes direitos fundamentais constitucionais têm sido considerados pela Justiça Eleitoral ao longo dos últimos pleitos, em especial as eleições gerais de 2010 e municipais de 2012.

A hipótese deste estudo é tal que a falta de delimitação clara e objetiva dos conceitos abertos de dano moral e de abuso de poder tem levado a um constante e desnecessário sopesamento entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. E neste infinito ponderar a liberdade tem sido posta em segundo plano, colocando em risco a eficácia mútua dos direitos e a coerência geral do Direito.

### **3 A adequada aplicação de princípios e regras.**

As correntes neoconstitucionalistas instaladas no direito brasileiro tem levado adiante uma visão de mundo segundo a qual para levar os direitos fundamentais a sério – para tomar emprestada a expressão dworkiniana – é necessário que todo caso seja visto como um *hard case*, no qual o julgador, para muito além da aplicação das regras, deve ponderar todo o sistema jurídico, os princípios em possível conflito, a historicidade das instituições, as mudanças sociais, o contexto legal, para então proferir a decisão justa, como se verá adiante com Dworkin.

Neste cenário, regras têm sido suplantadas pelos princípios em sua dança de ponderação, em busca dos seus *núcleos essenciais*, como afirma Mendes (2013). Em sentido contrário, este trabalho se apoiará em aportes críticos ao neoconstitucionalismo, especialmente em NEVES, ÁVILA, DIMOULIS, e STRECK, para defender que sem

segurança jurídica nenhum direito é efetivamente protegido. Na busca de uma justiça ideal individual, priva-se todos da justiça geral possível. E sem justiça não há liberdade ou dignidade, conseqüentemente a ausência de liberdade de expressão gera um déficit de legitimidade nos sufrágios. Sem regras, portanto, nenhum princípio se concretiza.

A seguir, buscar-se-á delimitar os fundamentos históricos e contemporâneos, em especial na filosofia política, do liberalismo – com foco na liberdade de expressão. Aqui se adota, em especial, à Rawls e John Stuart Mill, do qual, desde já, se destaca a célebre frase:

Para impedir que os membros mais fracos da comunidade fossem pilhados por inumeráveis abutres, fazia-se mister existisse um animal de presa mais forte que os encarregados da guarda dos primeiros. Como porém, o rei dos abutres não seria menos inclinado a prear no rebanho que alguma das hárpias menores, era indispensável manter-se numa perpétua atitude de defesa contra o seu bico e suas garras. A finalidade, pois, dos patriotas consistia em por limites ao poder que ao governante se toleraria exercesse sobre a comunidade. E essa limitação era o que entendiam por *liberdade*.  
(MILL, 1942, p. 22)

Com o panorama teórico apropriadamente descrito, segue o estudo em torno das questões normativas especialmente envolvidas.

#### **4 Elementos da técnica do Direito Eleitoral**

Primeiramente, uma breve síntese as normas que tem fundamentado decisões de restrição de manifestações específicas dos sujeitos objeto do estudo. Uma descrição objetiva do papel da dignidade da pessoa humana e do abuso de poder econômico, conforme hoje presentes na jurisprudência eleitoral.

Importa registrar que neste momento serão diferenciados três regimes jurídicos. A publicação gratuita do cidadão-eleitor, desvinculado financeiramente de empresas de comunicação, em blogs, comentários e redes sociais em geral. Neste caso, em regra, a situação cinge-se a clausula genérica do respeito à dignidade dos envolvidos e nomeados. Paródias, chacotas, críticas ácidas, acusações superficiais e replicação de denúncias são as principais causas de pedir.

Quanto às pessoas jurídicas proprietárias de sítios eletrônicos, quer visem ou não o lucro, ocorrem duas situações. A um, a delimitação entre manifestação do

pensamento, inclusive favorável a candidato, e a propaganda eleitoral gratuita. Isto porque, na forma do art. 57-C, §1º, inciso I da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei 12.034/09, é vedada em sítio eletrônico de pessoa jurídica propaganda, inclusive a gratuita. Neste sentido a Justiça Eleitoral tem buscado delimitar os parâmetros para discernir a zona cinzenta entre o exercício do direito constitucional à expressão e a escamoteação da propaganda irregular.

A segunda se refere novamente à proteção da dignidade dos envolvidos no jogo eleitoral, em especial candidatos. Também se aplicam à mídia impressa as questões concernentes à limitação entre crítica política, investigação e preservação da dignidade dos envolvidos.

Quanto à mídia impressa já não vigora a proibição total de propaganda eleitoral. Todavia, também há situações em que importa discernir manifestação de opinião favorável da propaganda pura e simples – inclusive porque dado o caráter comercial do espaço em mídia, o livre apoio tem sido considerando doação quantificável em dinheiro, devendo constar das prestações de contas de campanha, sob pena de configuração de abuso de poder econômico.

Todas estas questões são problematizadas, com base principalmente no referencial teórico já indicado. Para os casos de alegado atentado à moral do criticado, a solução atualmente mais difundida é a adoção da teoria civilista do abuso de direito. Todavia esta solução será dissecada em uma perspectiva crítica.

Como a idéia de abuso se coaduna com a previsão constitucional do livre e desembaraçado exercício da liberdade de expressão? Aqui se entende que o pleno exercício da liberdade de imprensa implica um alargamento das fronteiras do que se considera regular. A retomada das idéias previamente expostas sobre as origens e a função da liberdade dá conta de que esta é tão mais importante, essencial e democrática quanto mais incomodar, seja aos poderosos, seja aos populares. Neste sentido, leia-se:

Mas o mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem da opinião ainda mais que os que a sustentaram. Se a opinião é certa, aquele que foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais via da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro.  
(MILL, 1942, p. 44)



Também é necessário aqui inquirir a conceituação mais apropriada de reserva moral e da imagem daquele que se coloca na berlinda eleitoral. A crítica, inclusive com sua versão ácida e humorada é da essência do debate político e uma expectativa concreta daquele que se coloca espontaneamente no certame. Na linha apontada já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal:

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica por mais dura que seja revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220)

Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as figuras públicas, independentemente de ostentarem qualquer grau de autoridade.

É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade.

(Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 690.841/SP. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 21.06.2011 disponibilizado no DJe em 04.08.2011)

## 5 Conclusão

Com este cenário colocado, serão contrapostos os referenciais teóricos aqui expostos para avaliar se a moderna jurisprudência eleitoral tem de fato sido capaz de resguardar a liberdade de expressão de forma a promover a legitimidade dos pleitos que preside, fazendo confronto direto de razões de julgadores com o entendimento aqui esposado, de forma a tentar apontar falhas e dificuldades do sistema jurídico eleitoral.

## 1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

Como visto na introdução deste trabalho, este estudo tem como objeto as limitações ao exercício da liberdade de expressão dos eleitores e dos órgãos de informação, nas mídias impressas e eletrônicas, durante os períodos eleitorais. Para eximir de dúvidas, reafirma-se que não se busca avaliar os regramentos à atuação de agentes públicos, candidatos, partidos e coligações partidárias.

Conforme se exporá melhor adiante, há na jurisprudência eleitoral graves inconsistências no estabelecimento de marcos capazes de balizar com segurança o comportamento dos sujeitos quanto ao exercício da liberdade de expressão, seja limitado pelo dano à honra e à imagem, seja na forma de abuso de poder econômico.

A solução em voga é supor uma natureza de princípio constitucional tanto para a liberdade de expressão como para o direito à imagem, abrindo espaço para a ponderação destes, procedimento no qual o julgador atribuirá maior peso a um ou outro diante dos fatos apresentados no caso concreto, a título de exemplo, leia-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. INTERNET. DESPROVIMENTO.

1. Na espécie, o TRE/SP consignou que a irregularidade consiste na divulgação, em sítio da internet, de material calunioso e ofensivo contra a honra e a dignidade dos agravados, conduta vedada pelos arts. 45, III, § 2º, e 57-C, § 2º, da Lei 9.504/97, e 14, IX, da Res.-TSE 23.191/2010, e que extrapola o livre exercício da liberdade de expressão e de informação.

2. O acórdão recorrido não merece reparos porquanto alinhado com a jurisprudência do TSE de que a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de seu descumprimento (Rp 1975-05/DF, Rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 2.8.2010).

3. O STF, no julgamento da ADI 4.451/DF, manteve a parcial eficácia do art. 45, III, da Lei 9.504/97 e concluiu que o direcionamento de críticas ou matérias jornalísticas que impliquem propaganda eleitoral favorável a determinada candidatura, com a conseqüente quebra da isonomia no pleito, permanece sujeito ao controle a posteriori do Poder Judiciário.

4. O pedido para redução da multa não merece conhecimento, pois constitui verdadeira inovação de tese recursal, vedado em sede de agravo regimental (AgR-REspe 82-19/PE, de minha relatoria, PSESS de 29.11.2012). De todo modo, a agravante não indicou qualquer elemento que demonstre a desproporcionalidade ou a irrazoabilidade da multa.

5. Agravo regimental não provido.

(Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 800533, Acórdão de 18/04/2013, Relatora Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI,

Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 93, Data 20/5/2013, Página 50-51)

Para avaliar melhor tal controvérsia, é imperioso perscrutar o conteúdo, a forma e a normatividade dos direitos envolvidos. A liberdade de expressão, o direito à honra, intimidade, imagem e vida privada, e a preservação da legitimidade do pleito.

Tal objetivo impõe adotar um referencial teórico específico no que tange à conceituação das normas constitucionais – no âmbito da estática jurídica – e os modelos de interpretação e aplicação – no âmbito da dinâmica jurídica.

Como afirma Dworkin (2010) o primeiro passo para a tomada de decisão do interprete é a adoção de uma teoria do direito, a qual será ser explicitada a seguir.

### **1.1 A doutrina constitucional majoritária**

Com a retomada democrática de 1988, a prática jurídica nacional teve de se reinventar. O novo texto constitucional consagrou todo um novo arcabouço de direitos – como os direitos do consumidor, ao meio ambiente saudável, universalidade da saúde e da educação – e reforçou tantos outros inerentes à tradição democrática – pleitos diretos, universais e periódicos, devido processo legal e liberdade de expressão.

Inescapável considerar que a Constituição da República de 1988 conte a nítida intenção de modificar a realidade social e econômica nacional, a partir de novos níveis de fruição de direitos e de um maior controle social – inclusive pelo Poder Judiciário – da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. A simples leitura do preâmbulo e dos arts. 1º e 3º<sup>5</sup> da CRFB permite esta conclusão.

---

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais novas competências determinadas pelo texto constitucional ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, exigiram uma remodelação do panorama teórico comungado pelos juristas pátrios.

É neste cenário que o neoconstitucionalismo desembarca em *terrae brasillis* em especial a partir das contribuições do alemão Robert Alexy, o qual, apesar das notáveis discordâncias, pertence à tradição iniciada nos anos 1960 pelo norte-americano Ronald Dworkin.

Tal processo de importação e adaptação é datado historicamente e pode ser atribuído, entre outros, aos profundos estudos do professor Gilmar Mendes, ex-Advogado Geral da União e Ministro do Supremo Tribunal Federal desde 2002, e de Luís Roberto Barroso, advogado e membro do Pretório Excelso desde 2013.

Em breve exposição, em uma das obras mais difundidas na formação dos juristas brasileiros, Mendes (2013) resume, com fulcro em Dworkin e Alexy, que a diferenciação entre regras e princípios se tornaria relevante no momento da aplicação da norma, isto em relação ao modo de interpretação.

No conflito de regras estas deveriam ser aplicadas à moda tudo ou nada, isto é, validade/invalidade a partir dos critérios consolidados de solução de conflito aparente de normas, por exemplo, os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Diversamente, os princípios deteriam a especial dimensão do peso. Este peso seria auferível apenas no caso concreto, em uma análise da importância de cada um dos princípios conflitantes para a solução justa da lide apresentada, de acordo com os valores morais da sociedade, como afirmaria Dworkin.

Mendes ressalta que Alexy se distingue ao apontar que os princípios seriam *comandos de otimização*, limitados por condições jurídicas – demais normas – e materiais – limites da realidade à concretização do comando. Por isto os princípios seriam realizados em diversos graus e, quando em choque, nenhum princípio gozaria de supremacia definitiva.

Mendes (2013) distingue ainda colisões reais e colisões aparentes de direitos fundamentais. Seriam aparentes todos os conflitos decorrentes da alegação do exercício de um direito fundamental contraditório por diferentes particulares ou entre o gozo do direito pelo particular e bens jurídicos da coletividade. Segue para afirmar que em regra ocorre que

uma das partes apenas alega estar albergado pelo direito, quando em verdade estaria fora do *âmbito de proteção da norma*, posto que sua ação configuraria um abuso desconectado dos valores morais que sustentam tal direito.

De outra banda, ocorreria o verdadeiro conflito “quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental” (MENDES, 2013, p. 236).

No caso da colisão real, Mendes reconhece a dificuldade da questão (MENDES, 2013, p. 237) estabelecendo de antemão que não seria possível uma hierarquização dentre os princípios constitucionais, haja visto que isto poderia levar ao completo desrespeito àquele princípio que se considerasse de *segunda categoria*.

Todavia, incorre em insolúvel contradição ao afirmar em seguida que “[u]ma valoração hierárquica diferenciada dos direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos” (MENDES, 2013, p. 237). Entretanto, não indica quais seriam os critérios intersubjetivamente controláveis para definir esta especialidade, se limitando a aduzir que os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana teriam *óbvia* prevalência sobre os demais.

Segue para afirmar que, analisando o comportamento do Tribunal Constitucional Alemão, deve-se buscar uma concordância prática dos princípios “de modo a que cada um dos valores em conflito ganhe realidade” (MENDES, 2013, p. 240).

Esta visão do direito constitucional, essa metodologia de solução de conflitos jurídicos complexos é a que tem dominado a cena jurídica brasileira e forma hoje o senso comum teórico dos juristas, para usar a célebre expressão de Lênio Streck.

A esta metodologia de hermenêutica constitucional e sua influência sobre os demais campos do direito se convencionou denominar *neoconstitucionalismo*. Tal nomenclatura, é verdade, vem muito mais dos aportes críticos que dos próprios autores que em tese comporiam esta linha teórica.

## **1.2 Críticas Nacionais ao Neoconstitucionalismo**

Entre os doutrinadores voltados à realidade brasileira que participam criticamente do debate sobre a teoria neoconstitucionalista destaca-se, para os fins deste estudo Dimitri Dimoulis, Lênio Streck, Marcelo Neves e Humberto Ávila. Cada um destes

autores parte de referenciais teóricos próprios e oferece críticas por vezes divergentes acerca do objeto de estudo, com soluções também distantes.

O que se extrai de comum entre estes pesquisadores é o diagnóstico de que há um abuso das noções de princípios e de ponderação no judiciário brasileiro, fruto em grande medida da importação irrefletida de teorias que prosperaram em nações com histórias constitucionais drasticamente distintas da brasileira.

Para Dimoulis (2011) o termo neoconstitucionalismo é em si problemático, sem conteúdo perfeitamente claro, mas suficiente para se referir a um aglomerado teórico dominante que se fundamenta em um duplo consenso, a um de que nenhum debate jurídico pode ser compreendido sem um constante retorno à Constituição e, a dois, de uma centralidade dos princípios na interpretação constitucional.

Categoricamente demonstra que estes traços, na verdade, são inerentes ao constitucionalismo. A possibilidade de afastar uma regra infraconstitucional em função de princípios constitucionais decorre da própria noção de supremacia da constituição presente, ao menos, desde *Marbury VS Madison* (DIMOULIS, 2011, p.184) e no Brasil desde a Constituição de 1891<sup>6</sup> com a instituição do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo a valorização dos princípios constitucionais e a adoção da técnica da ponderação representariam mera mudança “de cunho qualitativo e não indicam uma ruptura, no sentido de início de uma nova era na interpretação constitucional.” (Id, Ibidm).

Em verdade, argumenta que o elemento que realmente distingue o neoconstitucionalismo seria a visão desta corrente sobre a relação entre direito e moral. Para os filiados a este aporte teórico, o direito estaria diretamente vinculado à moral. Para muito além de reconhecer a força normativa da constituição, seus apoiadores defendem a força normativa daqueles princípios morais que considerem inerentes à legitimidade daquela história institucional.

---

<sup>6</sup>Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas

Este moralismo jurídico nasce em oposição ao positivismo jurídico. Neste sentido Dworkin afirma que “A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica” (DWORKIN, 2010, p. XI).

Para o autor americano, a justificação moral do direito – legitimidade última – afeta tanto o fundamento de autoridade do órgão jurisdicional e de suas decisões como a própria obrigação moral e política das pessoas de obedecerem às leis e determinações judiciais e deve ser considerado que os indivíduos possuam direitos anteriores ao próprio ordenamento, dita ainda que “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm [perante o Estado]” (DWORKIN, 2010, p. XV).

Ao tratar do questionamento sobre a força criativa da decisão judicial afirma que:

“A teoria do direito deveria responder a essa preocupação explorando a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio da equidade que os críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente esse princípio.” (DWORKIN, 2010, p. 9)

Para Dworkin, levar os direitos a sério é considerar firmemente os direitos morais pré-existentes do cidadão frente ao estado, neste intento o sistema constitucional é apenas uma ferramenta acessória e incompleta, v.g.: “embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa à proteção dos direitos morais contra o governo está longe de garantir esses direitos, ou mesmo estabelecer quais são eles.” (DWORKIN, 2013, p. 286)

Dworkin prossegue em seus estudos para rever quais direitos existiriam, não a luz da constituição ou do texto constitucional, mas a partir de valores e postulados por ele escolhidos que considera essenciais ao funcionamento do estado e suficientemente difundidos socialmente. Com tal método, conclui que – ainda que possam existir outros direitos (DWORKIN, 2010, p. 419) – existe ao menos aquele que concluiu racionalmente: “todo cidadão governado pela concepção liberal de igualdade tem um direito à igual consideração e respeito.”

Aduz ainda que não existiria qualquer direito à liberdade, pois essa idéia seria “um conceito equivocado que, pelo menos em dois sentidos, presta um desserviço ao pensamento político” (DWORKIN, 2010, p. 417).

Neste cenário, ainda que Dworkin não seja um jusnaturalista, vê-se que acredita na possibilidade de definir os direitos a partir da perscrutação racional, a partir de premissas morais.

Com este panorama em mente, Dimoulis (2011) vê o Neoconstitucionalismo como uma redundância desnecessária e perigosa. Desnecessária, pois aquilo que propõe de útil e correto – a supremacia da constituição e a ponderação entre princípios em circunstâncias delimitadas – já existe no Constitucionalismo tradicional. Perigoso, pois o recurso aos princípios a partir de uma ótica de moralismo jurídico prejudica a consistência e o fechamento sistêmico do direito<sup>7</sup>, fere a separação dos poderes e amplia a instabilidade.

Lênio Streck oferece um aporte crítico ao neoconstitucionalismo que parte de definição bastante similar à adotada por Dimoulis.

Em um momento de revisão da sua obra, Streck (2011) reconhece que sua crítica ao positivismo em muito o aproximou de modo involuntário do neoconstitucionalismo, mas apenas no que tange à crítica ao *status quo ante*, o positivismo jurídico que alcunha *paleopositivismo*. Reconhecendo a complexidade e as limitações do rótulo, busca se distanciar em torno de dois elementos centrais: (i) a sua dissociação do moralismo jurídico e (ii) a sua descrença em relação à técnica da ponderação.

STRECK (2011) reconhece ainda que, como apontado acima, a Carta Constitucional de 1988 impôs ao Brasil buscar novos aportes em relação ao constitucionalismo.

Para o autor gaúcho, todavia, o neoconstitucionalismo local acabou por “contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição” (STRECK, 2011, p. 12) por seu casuísmo, sua imprevisibilidade e por supor que o Poder Judiciário seria o espaço correto e supremo para a defesa dos valores da sociedade que determinam a Justiça. Aduz também que o neoconstitucionalismo não seria, sequer, pós-positivista, pois não se debruça sobre a discricionariedade judicial, ou o que chama de “solipsismo da razão prática” (STRECK, 2011, p. 22).

Sua crítica se encorpa, e aqui a adotamos, quando trata dos males da *ponderação à brasileira*. A eficácia imediata dos princípios a partir da ponderação direta

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido indicado por NEVES (2013)



entre eles, controlada apenas pelos sopesamentos dos seus valores no caso concreto de acordo com a consciência do julgador, conduz a um modelo axiológico, valorativo, ao invés do modelo deontológico que está na base do poder normativo dos princípios.

Segundo Streck, no modelo criticado a distinção entre princípios e regras há de ser forte. Como foi visto na leitura da obra de Mendes, os princípios seriam aplicados pela ponderação e as regras pela subsunção. Porém, para o autor gaúcho essa diferenciação tem conduzido os juristas brasileiros a um *panprincipiologismo* em que toda norma se torna princípio, ocasionando a ponderação até mesmo de regra contra regra. Esta conclusão seria insustentável, por gerar a quebra do fundamento do próprio sistema neoconstitucionalista.

Não apenas os pressupostos desta doutrina são problemáticos, como especialmente as conclusões que propõe. O modelo axiológico aproxima o *neoconstitucionalismo* da jurisprudência dos interesses<sup>8</sup> ou dos valores de modo a que a decisão se torna menos controlável, se tornando simples “álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos.” (STRECK, 2011, p. 23).

Para o procurador, não pode haver separação entre interpretação e aplicação, não cabendo diferenciar casos difíceis e simples. A defesa da concretude do direito dependeria de que toda decisão judicial seja alicerçada nos princípios concernentes à história institucional daquela ordem jurídica, sem necessidade de se voltar para a ponderação como solução final a todo o momento.

Vê-se, portanto, que a proposta de Streck em muito se aproxima, como nota o próprio autor, da idéia dworkiniana de que a resposta correta é aquela que verifica os princípios vinculados à historicidade e à fundamentação das instituições sociais em apreço (Dworkin, 2011).

Humberto Ávila segue por outro caminho para criticar a teoria neoconstitucionalista aplicada no Brasil.

Segundo Ávila, o neoconstitucionalismo pode ser sintetizado em quatro fundamentos “Normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à

---

<sup>8</sup> Neste sentido: “Seguindo a trilha aberta por Ihering, essa concepção entendia que as normas jurídicas eram uma resposta social aos conflitos de interesses. Nessa medida, a relação entre interesses e normas era dúplice: por um lado, as normas eram produtos dos interesses sociais e, por outro, elas tinham como objetivo regular os choques existentes entre os vários interesses conflitantes. Com isso, os interesses devem ser vistos tanto como *causas* quanto como *objetos* das normas. Esse dúplice aspecto conduz o pensamento jurídico a duas operações que se coordenam.” (COSTA, 2000, p. 162)

ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”)” (ÁVILA, 2009, p. 3.)

Nesta toada, afirma que há uma predileção pelos princípios a partir da premissa de que a Constituição brasileira seria composta exclusivamente por este tipo de normas, ou seria primordialmente principiológica. Em oposição, defende que a Carta de 1988 seria melhor classificada como regulatória, pois, ainda que contenha princípios, é dotada de diversas e detalhadas regras sobre os mais diversos campos sociais (ordem econômica, meio ambiente, proteção indígena, saúde e educação, p.ex.).

Sobre o método interpretativo, avalia que a prática corrente valoriza a ponderação sobre a subsunção sob o entendimento de que, ainda que exista regra legal ou constitucional aplicável, seria dado ao intérprete se remeter diretamente ao plano dos princípios constitucionais sempre que considerasse ao menos um destes aplicável.

Ávila adverte que dada a amplitude dos termos em que se estruturam os princípios em toda lide haverá um (ou mais de um) princípio aplicável. Pelo que esta postura enfraquece a ordem jurídica, pois, ao colocar todas as normas no mesmo nível, despreza o processo democrático de construção normativa contínua a partir de diversos atores.

Ressalta que esse afastamento das competências do Poder Legislativo e do próprio princípio da legalidade termina por debilitar a Constituição, ainda que sob o argumento de levar a sua supremacia às últimas consequências.

Sobre o fundamento axiológico, Ávila demonstra que – por princípio – o neoconstitucionalismo teria uma preferência por buscar realizar a justiça do caso concreto em oposição a uma justiça geral. Esta preferência partiria do pressuposto de que só há norma após um processo hermenêutico que leve em conta todas as especificidades (*all things considered*) fazendo com que a delimitação da hipótese normativa estabelecida pela regra possa ser desconsiderada de acordo com o entendimento do intérprete.

Para Ávila, esta busca pela *lei do caso*, acompanhada de um verdadeiro abandono das regras, aumenta os “problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, 2009, p. 14), cuja redução é a própria função das regras. Se o puro sopesamento, baseado em princípios morais arbitrados pelo julgador, conduzir ao afastamento de uma regra, então não há em verdade regra alguma.

Esta situação leva a um déficit muito elevado em segurança jurídica que termina por impedir a fruição ordinária dos direitos fundamentais e impede a concretização do estado ideal de coisas (na concepção de Ávila) protegido por cada princípio, tornando inócua tanto uma noção de justiça geral como qualquer justiça pontual do caso concreto.

Por fim, a respeito do fundamento organizacional, o qual seria uma prevalência do Poder Judiciário sobre o Legislativo, Ávila aduz que a própria busca pela justiça do caso concreto e a suposta defesa apaixonada da supremacia constitucional conduzem à idéia de que apenas no Poder Judiciário qualquer questão pode ter a solução justa. Contra essa posição, Ávila relembra a importância do Poder Legislativo no processo de concretização do sentido da Constituição, o qual no caso concreto será concluído pelo Judiciário, mas sem exclusividade.

Com isso, o autor não busca retirar do Poder Judiciário a competência de apreciar as questões que lhe são trazidas, mas sim apontar a importância da participação dos poderes eleitos na concretização das escolhas constitucionais, em especial na sociedade plural na qual o entendimento sobre os valores essenciais e suas conseqüências em cada caso variam amplamente entre os diversos grupos sociais.

Mais recente no debate brasileiro, Marcelo Neves também elabora crítica ao uso abusivo dos princípios na jurisprudência pátria. Inicia questionando este “processo de importação” da importação dos modelos de Dworkin e Alexy por terem sido desenvolvidos observando especificamente a jurisprudência de seus países de origem, respectivamente EUA e Alemanha, com grandes discordâncias entre si e sem pretensão de universalidade.

As realidades destes países, em muito divergentes entre si, se ressaltam quanto à tradição constitucional brasileira. Enquanto os EUA são a terra natal do constitucionalismo com mais de dois séculos de história construída em um país do common-law – portanto há longa data adepto da centralidade dos precedentes na dicção do direito – o Brasil agora completa seu primeiro quarto de século da sua mais duradoura experiência democrática, sendo filiado à tradição do direito continental.

Nota que, no Brasil, tenta-se vincular a defesa da democracia com a preferência por princípios. Adverte que:

[U]ma opção mais acentuada por princípios ou regras, por uma argumentação primariamente substantiva ou formal, não tem nenhuma relação com o binômio ‘democracia/autocracia’ ou ‘constitucionalismo/autoritarismo’ (NEVES, 2013, p. 172 e 173)

Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. (NEVES, 2013, p. 173)

O autor pernambucano, entretanto, não restringe a sobrevalorização dos princípios e a fixação pela ponderação – os grandes problemas do direito nacional na sua visão – ao que os críticos acima denominaram neoconstitucionalismo. Em verdade, afirma que:

“juristas que não aceitam ser rotulados nos termos dessa expressão, tomando distância crítica em relação às respectivas atitudes teóricas ou dogmáticas, têm destacado o papel dos princípios e do sopesamento”. (NEVES, 2013, p. 175)

Para Marcelo Neves seriam exemplos de autores principiologistas o aqui citado Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva.

Desta forma, torna-se relevante para os fins deste estudo avaliar brevemente estas críticas que faz a obra de Ávila.

Para Neves, não cabe falar nas distinções elaboradas por Ávila quanto a Constituição Regulatória, Justiça Geral/Particular em relação ao uso da ponderação e dos princípios. Constituição regulatória seria mera classificação didática do texto, não tendo qualquer consequência prática na atuação dos juristas. Sobre a relação entre justiça geral ou particular e uso de regras ou princípios, Neves defende que não há qualquer relação direta, pois haveria regras voltadas à justiça geral e princípios ao caso concreto.

De toda forma, o que os críticos apontam de maneira uníssona é como o direito brasileiro contemporâneo está tomado por uma preferência dos princípios sobre as regras e da ponderação como panacéia jurídica, tendo estes princípios servido como porta de entrada para valores morais do próprio julgador, submetidos a reduzido controle social.

Esta situação é um risco à consistência do direito, à separação dos poderes, ao respeito às regras constitucionais e torna a atividade jurisdicional menos previsível e controlável, prejudicando o próprio gozo dos direitos.

Uma crítica tão profunda e difusa impõe o dever de propor um modelo alternativo de solução dos casos complexos de direito constitucional, como tem se mostrado aqueles relativos ao gozo da liberdade de expressão no período eleitoral – objeto desta monografia.

### **1.3 Breve distinção entre normas constitucionais e propostas metodológicas em Neves e Ávila.**

Para comparar com justiça as propostas dogmáticas e metodológicas dos dois autores, inicia-se pela exposição de suas conclusões da forma mais sintética que oferecem, para que a partir das propostas possam ser identificadas as diferenças relevantes e os argumentos que oferecem em cada direção.

Humberto Ávila sintetiza que:

As regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.  
(ÁVILA, 2012, p.85)

O autor, todavia, conceitua uma terceira categoria normativa, os postulados, que seriam “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação.” (p. 143). Estas normas tratam da interpretação de normas de primeiro grau (princípios e regras), sendo dirigidas ao operador do direito. O postulado jamais será razão última de decisão, nem se transformará em norma a ser concretizada, ele apenas instrui a aplicação das normas voltadas à situação concreta. Seriam postulados, p.ex., a proporcionalidade e a razoabilidade.

Não cabe falar em ponderação ou em negativa de validade ao postulado, apenas se utiliza aquele que for mais adequado à situação a ser interpretada. O postulado é, portanto, uma norma criada pela comunidade jurídica a partir de consensos racionais acerca das normas corretas a serem aplicadas para prover consistência e adequação ao sistema jurídico. Podem até ter expressão eventual em texto legal, mas em regra serão fruto do trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Ávila (2012) oferece ainda duas técnicas de aplicação normativa, uma para a análise de princípios e outra para a aplicabilidade (ou superação) de regras.

A primeira etapa de análise é averiguar a existência de regra válida e legítima aplicável ao caso. Para tanto, após identificar a regra, deve o intérprete testar sua aplicabilidade, resolvendo por superá-la apenas caso: (i) aplicar a norma naquela hipótese não concretiza o princípio que lhe fundamenta; (ii) o afastamento for consistente com a expectativa ordinária em relação aos princípios relacionados à lide e (iii) superá-la for essencial para o cumprimento de um princípio.

Superada a regra, deve o interprete analisar a aplicação dos princípios envolvidos, buscando a especificação máxima e delimitada dos fins – o estado de coisas – protegidos pela norma. Em seguida, comparar a hipótese em análise com casos paradigmáticos, aqueles cujos critérios são replicáveis. Após, verifica-se a possibilidade de criar um grupo de casos em torno do mesmo tema e se, a partir do conjunto de soluções, identifica-se as condutas ordinariamente exigidas normativamente para proteção ou promoção do estado de coisas valorizado pelo princípio.

De outro lado, Neves (2013) adota a teoria Luhmanianna do Direito, vendo-o como um sistema social independente, com códigos próprios, instituições centrais, acoplado funcionalmente ao sistema político através da Constituição, o que permite o seu fechamento sem a desconectar-se da realidade dos demais sistemas sociais.

Distingue entre observações de primeira e segunda ordem. A observação de primeira ordem, ou primeiro grau é aquela em que uma norma do sistema jurídico é confrontada diretamente com o fato social devendo fornecer uma solução (jurídico/não-jurídico) enquanto a observação de segunda ordem é aquela realizada pelo próprio sistema sobre si, é ela que permite a readequação constante do sistema sem maiores perdas de consistência. Logo, o postulado de Ávila seria classificado como princípio por Neves.

Neves (2013) conceitua regras e princípios a partir da contribuição da norma na cadeia argumentativa de construção da norma específica para o caso e para a estrutura geral do direito. Regras são aquelas que visam fornecer razões imediatas, i.e. suficientes e diretas, para a solução do caso a partir da análise do conjunto fático, colaborando para a previsibilidade e consistência do direito. São, assim, normas de primeiro grau, pois analisam diretamente o conjunto fático.

Os princípios propiciam um primeiro crivo de expectativas normativas sobre a questão, simbolizando um filtro a partir do qual valores socialmente relevantes são adaptados ao sistema jurídico. Desta forma, aumentam a adequação social da resposta jurídica.

A sociedade complexa se pronuncia também através de regras, que para cumprirem sua função de concretizar o direito, devem estar de acordo com os princípios constitucionais. Neste sentido regras são um segundo passo de estruturação da complexidade e, por seu caráter descritivo, permitem a solução imediata da lide. *In verbis*:

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Atuam como razão ou fundamento das regras, inclusive de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais.  
(NEVES, 2013, p. 134)

Regras e princípios são aplicados de maneira concatenada em um processo circular e dialógico. O princípio fornece legitimidade à regra que fornece razões finais de solução da lide, possibilitando em conjunto a promoção da consistência e da adequação social do direito.

A chave de interpretação dos textos de Neves é a idéia de dupla contingência que colhe da Teoria dos Sistemas luhmanniana. De acordo com tal conceito, no processo argumentativo o interlocutor está submetido a duas condições que não pode controlar: (i) como seu discurso será interpretado e (ii) qual a margem de erro ou desvio da sua interpretação frente ao que ‘quis dizer’ o remetente inicial. Em sua análise, legislador (inclusive constituinte) e julgador trocam de posições constantemente em uma relação de ego e alter-ego.

É a consciência do concretizador sobre esta dupla contingência necessária que controla a sua postura, pois deve ser lembrado a todo instante que desempenha apenas uma fase contingente no processo de concretização, iniciado por outro ente, com competência para tanto.

A seletividade dos valores na sociedade hiper-complexa, para ser democrática, deve contar com diversos atores que não sejam capazes de controlar o processo por inteiro. Neves se comunica com a idéia de separação dos poderes prezada por Ávila.

#### **1.4 Conceito Adotado**

Das propostas defendidas há alguns pontos em comum cruciais que serão neste estudo adotados. Não se olvida que Neves teça ferrenhas críticas à solução proposta por Ávila a qual classifica como modelo ultrapassado, ainda assim é possível concluir que no plano dos resultados, as obras dos dois autores tenham interseções úteis.

Ambos percebem que o modelo principiologista e de ponderação sem limites hoje em voga é antidemocrático, casuístico e impulsiona o próprio dismantelamento e corrupção do sistema constitucional. Como veremos no capítulo 3, ao analisar a jurisprudência eleitoral pátria, a insegurança jurídica causada por esta corrente doutrinária tem reduzido gravemente o nível de fruição de direitos fundamentais, levando-os como simples valores ou conselhos ao revés de levá-los efetivamente a sério.

Denotam que as regras têm um papel central no direito, para Neves o de elevar a consistência do sistema, para Ávila reduzir os custos de controle e previsibilidade. Ora, tal distinção não tem efeitos no plano prático. Regras, ainda que frutos de textos vagos, oferecem maior segurança jurídica que os princípios. Basta ao cidadão ler seus atos à luz da regra para saber se faz jus à obrigação que impõe ou benefício que oferta. A decisão judicial tende a ser controlável quando baseada em regras.

É por tal razão que Ávila as considera centrais para o ordenamento jurídico, Neves discorda propugnando que não pode haver centralidade de qualquer norma, não se pode trocar o a predileção por princípios por uma devoção às regras. Assiste razão na ressalva a Neves. Um modelo de regras puro seria rígido demais para uma sociedade com valores conflitantes e poderia gerar uma desconexão completa entre o Direito e realidade social.

Todavia, não é verdade que Ávila defenda tal modelo puro. Antes, ressalta a importância da convivência entre ambas as normas e as metanormas, acrescentando que a regra só é válida enquanto amparada por um princípio.



O que ambos propugnam, como visto, é que a regra seja vista como solução imediata, ou *prima facie*, do conflito, sendo afastada apenas quando perde seu fundamento em princípios. Ou seja, ainda que para Neves os princípios sejam o primeiro passo do processo seletivo de redução da complexidade, o aplicador do direito deve iniciar sua análise do caso em busca de regra aplicável, em seguida verificar se é válida – i.e. se está em consonância com seu princípio fundante. Nada diferente da defesa de Ávila de que a regra, para ser aplicada, deve ter verificada sua correspondência com recuo à análise dos princípios que a balizam.

É dizer, ao fim e ao cabo, ambos defendem que, mesmo em casos difíceis, a regra (constitucional ou legal) deve ser vista como razão final – no sentido de que resolve a controvérsia – para solução do caso, tal aplicação deve recorrer aos princípios em um teste – análise da consistência jurídica – de legitimidade da regra para aquele caso frente aos princípios que a fundamentam.

Para Neves, os princípios são filtros de seletividade da complexidade que atuam concatenados às regras. Sugere, para concretização normativa, uma operação circular que leve em conta a busca por um equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social. Pelo que, as ferramentas que propõe não se distinguem fortemente da mera aplicação da ponderação entre segurança jurídica e justiça específica.

Ávila reconhece a possibilidade de ponderação de princípios (em último caso), porém dita que, antes de tal passo, deve o interprete especificar ao máximo o estado de coisas – o que Neves talvez chamaria de expectativa normativa – prescrita pelo princípio invocado. E deve fazer isso não com base no seu bom senso ou valores morais, mas de acordo com a jurisprudência dos tribunais e posições da doutrina acerca daquele princípio na história constitucional. Assim, os fins se tornam específicos e a solução pode ser vista como replicável.

Deve verificar o julgador se os fundamentos para aquela decisão que cita se apegam estritamente ao caso concreto ou se estão organizados de tal modo a buscar se prestar à replicação, somente neste caso poderá se falar em verdadeira jurisprudência.

O jurista deve ainda fundamentar claramente qual valor deu a cada princípio, com base em que critérios normativos e fáticos – buscando novamente a regra geral em oposição à específica – e oferecer mecanismos de mensuração da sua posição.

Por tais motivos, este trabalho reconhece a importância da crítica e os elevados fundamentos teóricos da proposta de Neves, todavia, se perfilha preferencialmente a Ávila quanto à conceituação das normas constitucionais e, em especial, quanto às técnicas para solução de controvérsias constitucionais.

O jurista deve respeitar as normas como um todo orgânico, sabendo que as regras, por serem descritivas e terem pretensão de decidibilidade, devem ser vistas como a principal ferramenta de solução do litígio, pois a justiça demanda isonomia na sua aplicação para que os cidadãos possam confiar nos direitos que lhes são atribuídos pela Constituição. A validade dessas regras deve ser sempre apurada mediante seu confronto com os princípios, em especial os que a embasam. Estes são balizas a serem usadas para delimitar novamente o campo de atuação da norma.

Não se espera com a adoção de uma metodologia, impedir a controvérsia em torno da solução de casos constitucionais. Sequer este método busca fornecer uma única resposta para um caso dado, almeja-se apenas uma estabilização superior das expectativas normativas, ampliando em alguma medida a coerência interna do sistema jurídico.

Não há entre nós deuses gregos capazes de fornecer soluções incontestavelmente justas, pelo que não se deve atribuir a juízes mortais confiança e poderes ilimitados.

## **2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA**

Estabelecido o cenário teórico sobre as normas constitucionais - segundo o qual normas e princípios se diferenciam de acordo com sua estrutura e colaboração argumentativa para a solução do caso, resta avaliar qual a melhor classificação para as normas usualmente consideradas para o problema levantado – controle dos discursos da mídia e dos eleitores durante as campanhas eleitorais.

### **2.1 Direitos Fundamentais como princípios jurídicos pela doutrina dominante**

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais, baseada fortemente nos estudos de Robert Alexy, conceitua os direitos fundamentais como o rol constitucionalizado dos direitos do homem, ou direitos humanos (ALEXY, 2008).

Direitos do homem são o conjunto de prerrogativas do ser humano diante do Estado e dos outros indivíduos. Por seu caráter intrínseco ou moral, dispensam a positivação para exercerem efeitos jurídicos concretos. Nesse sentido, leia-se:

[E]ntre direitos do homem e direitos fundamentais existe uma relação estreita. Direitos do homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos, (5) morais. Como direitos morais eles tem um caráter suprapositivo. Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito de positivar direitos do homem. (...). Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral.  
(ALEXY, 2008, p. 10/11)

Alexy defende de maneira bastante clara que a ponderação é inerente aos direitos fundamentais pelos choques constantes em que se encontram, tanto entre direitos diversos como entre o mesmo direito alegado por múltiplos titulares.

É um dos argumentos mais fortes, tanto para a força teórica como para a prática, da teoria dos princípios que todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas de direitos fundamentais e essas, outra vez, do princípio da proporcionalidade.  
(ALEXY, 2008, p. 67)

Convêm notar que Alexy reconhece que dentro dos direitos fundamentais existam regras, porém – ainda que estas sejam mandamentos de cumprimento, aplicadas por subsunção – estão cercadas e fundadas por princípios. Neste sentido:

A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais, no fundo, não contêm regras, portanto, no fundo, fixações. Ela acentua só que catálogos de direitos fundamentais, À medida que efetuam fixações, tem uma estrutura de regras, mas realça também que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios. Seu ponto decisivo é que atrás e ao lado das regras estão os princípios. (ALEXY, 2008, p. 65)

Ou seja, os direitos fundamentais são, essencialmente, direitos morais e configuram princípios – mandamentos a serem otimizados e que devem ser aplicados de acordo com os ditames da proporcionalidade. As regras existentes nas listas de direitos seriam, em geral, exemplos de normas com proteção constitucional, mas que não afluem da base moral do direito.

O seu afastamento, ainda que gere problemas de previsibilidade, não é uma quebra do fundamento de legitimidade do direito e das instituições. Portanto, se, no caso concreto, o intérprete identificar que a regra – ainda que constitucional e digna de proteção jurídica nos próprios termos de Alexy – concorre com um princípio de origem moral, está terá menor peso absoluto que o princípio.

Pelo que, a regra constitucional tem menor prestígio em relação a outras normas de mesma estatura no direito positivo. Vê-se, portanto, que a conclusão da jurisprudência nacional de predileção pelos princípios, ainda que em texto explícito Alexy diga não comungar, é um resultado esperável da leitura e aplicação da sua obra.

É neste cenário que se conclui que os direitos fundamentais devam, preferencialmente, ser vistos como princípios sujeitos à ponderação, já que assim tem ao menos alguma chance de luta diante dos demais direitos.

Também para Dworkin, os indivíduos possuem direitos morais prévios e contra o Estado que podem ou não estar na Constituição, tendo ainda assim a mesma validade que direitos positivos:

Desse modo, embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa à proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir esses direitos ou mesmo de estabelecer quais são eles. (DWORKIN, 2010, p. 286)

Desta feita, ainda que positivados no texto constitucional, os direitos fundamentais não perdem sua origem moral, devendo ser analisados de acordo com ela. Defende ainda que mais importante do que uma listagem de direitos é perscrutar os “princípios morais que servem de base para as instituições e leis da comunidade, no sentido de que tais princípios poderiam figurar em uma teoria do direito bem fundada.” (DWORKIN, 2010, p.125)

Para ambos os autores, o choque ou conflito entre direitos fundamentais, ou mesmo dentro do mesmo direito fundamental por diversos titulares, é inevitável. Dworkin (2010) defende que o único argumento válido para afastar o exercício pleno de um direito fundamental é a existência de *direitos concorrentes* que seriam direitos fundamentais pertencentes a outros indivíduos da mesma sociedade.

Logo, ainda que para o autor americano somente sejam considerados direitos aquelas disposições que podem ser firmemente exigidas, sem ceder à mera utilidade ou bem públicos, é certo que os “direitos podem variar em força e características de um caso para outro e de um momento a outro na história” (DWORKIN, 2010, p. 218)

Em outro momento, como visto no capítulo anterior, afirma que os princípios são “uma razão que o direito levará em consideração” (DWORKIN, 2010, p.41) e que “nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio do nosso sistema jurídico” (Id, Ibidm, p. 41), concluindo que “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão peso ou importância. Quando se inter cruzam (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (Id, Ibidm, p. 42).

Para Dworkin, os direitos políticos ou morais ou fundamentais (espécie dos anteriores) tem uma dimensão de peso, uma força relativa, motivo pelo qual devem ser interpretados como princípios necessários à justificação moral da ordem jurídica daquela sociedade.

Note-se que o americano reconhece que a Constituição do seu país estabelece garantias fundamentais eventualmente na forma de regras. Veja-se:

“Algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras bastante precisas, como a regra que exige um júri no caso de processos criminais federais

ou, talvez, a regra que proíbe o Congresso Nacional de restringir a liberdade de expressão.”  
(DWORKIN, 2010, p. 209)

Importa frisar que nesta passagem o autor não se remete necessariamente ao conceito de regras e princípios que estabeleceu em capítulo anterior, pois com essa colocação difere apenas regras precisas de *padrões vagos*. Como é sabido, a vagueza da prescrição é um elemento que não é mais adotado pelas teorias modernas da norma<sup>9</sup>.

É seguro concluir, apesar de ambos os autores aparentemente fazerem ressalvas a esta idéia, que para o neoconstitucionalismo os direitos fundamentais devam ser interpretados, preferencialmente, como princípios, dotados da dimensão de peso e sujeitos a ponderação – ao menos – com os demais princípios, sob o alvitre daquilo que o interprete entender como moral comunitária-institucional ou qual seja o resultado da proporção matemática que fizer, na qual considerará o peso absoluto do princípio, o grau do seu dano com a decisão e a certeza do dano de um princípio em relação ao outro.

Portanto, ainda que Dworkin e Alexy ofereçam metodologias diversas para a solução de conflitos entre direitos morais, ambos propugnam a ponderação como técnica preferencial na aplicação de direitos fundamentais.

Nesse referencial a jurisprudência eleitoral brasileira estaria correta ao balancear a importância da liberdade ou da dignidade em cada caso concreto, porém como se demonstrará, tal linha de pensamento tem colocado ambos os princípios em permanente risco de ineficácia.

Os autores aqui adotados – Neves e Ávila –, em sentido contrário, valorizam o papel efetivamente central das regras para a solução de casos jurídicos, simples ou complexos. As regras são razões imediatas de solução da lide, tem pretensão de decidibilidade e completude e são capazes de arrolar suas exceções, ainda que outras aberturas possam ser identificadas pela jurisprudência com a metodologia adequada (ÁVILA, 2009).

Primeiramente se ressalte que para ambos os autores pátrios, a posituação da norma não pode ser considerada trivial ou acessória. Ressalta Ávila que os princípios, por

---

<sup>9</sup> Neste sentido ver os multicitados Neves, 2013, Ávila, 2009, Alexy, 2008 e Dworkin, 2010.

indicarem uma finalidade, um estado de coisas, estão ligados a valores, mas tem um caráter de dever ser e não meramente axiológico. In verbis:

a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.  
(ÁVILA, 2012, p. 86)

Importa notar que Ávila defende que, sob determinado método e circunstâncias, “toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação.” Porém, também defende que:

“descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm; enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável”  
(ÁVILA, 2012. p. 97)

Portanto, na solução de Ávila, as regras é que formam o conjunto de direitos especialmente levados a sério, aqueles direitos exigíveis sem que uma razão de utilidade social possa se contrapor com simplicidade. Conclui ainda que as garantias constitucionais são melhor albergadas, via geral, mesmo na doutrina neoconstitucional, mediante um modelo de regras.

Assim, e essa é a posição adotada neste estudo, a positivação tem um papel relevante na definição e exigibilidade dos direitos fundamentais. Ao estabelecê-los em um formato de regra, estes ganham pretensão de abrangência e decidibilidade, prescrevendo ou proibindo condutas, o que permite que sejam utilizados como razões imediatas de solução da lide.

Não se diz aqui que os direitos fundamentais sejam por excelência regras ou princípios, ponderáveis ou imponderáveis. A adoção de um modelo dependerá do nível de rigidez e previsibilidade que o legislador constitucional resolve impor à norma que positivou.

Um exemplo paralelo poderá esclarecer melhor a posição tomada.

O direito fundamental aos remédios constitucionais<sup>10</sup> pode ser classificado como regra constitucional – prescreve uma conduta ao estado (dever de conceder a ordem), se justificam por uma correspondência (basta a ameaça de lesão a direito líquido e certo para garantir a concessão da segurança) e tem pretensão de decidibilidade e abrangência (ocorrendo a condição constitucional, o julgador não depende de outras razões para conceder a ordem) – ligada aos princípios do devido processo legal e do acesso à jurisdição (mais modernamente, à razoável duração do processo) os quais estipulam um estado de coisas a ser alcançado e determinam condutas necessárias a sua implantação (meios eficazes, céleres, e desembaraçados de solução de conflitos mediante o Poder Judiciário).

Frise-se, a partir de um paradigma diverso a respeito de princípios e regras, como o adotado neste trabalho, conclui-se que os direitos fundamentais podem assumir qualquer destas classificações, dependendo do direito e do momento, posto que o mesmo texto (significante, como diz Neves) pode albergar múltiplas normas (significados) aplicáveis em situações distintas.

Para Neves (2013), a própria distinção entre regras e princípios, já estabelecida em Dworkin, somente pode fazer sentido em uma sociedade complexa onde o Direito se distingue dos demais sistemas sociais. Os princípios constitucionais – ou seja, apenas aqueles positivados – são um “filtro fundamental em face da pluralidade de expectativas normativas” e são fonte de legitimidade do sistema ao estabelecer a ligação com valores morais e políticos.

Assim, falar em regras e princípios pressupõe falar em elevado dissenso social, elevada imprevisibilidade moral, e impossibilidade de construir consensos entre os *homens razoáveis* em torno de temas concretos, motivo pelo qual o eterno retorno a uma moral comunitária se mostra infrutífero.

Considerar que um direito é instrumentalizado por uma regra não o torna absoluto. Todos os autores aqui indicados ressaltam que não há direito absoluto. Como visto, Ávila defende que as regras sejam sujeitas a uma espécie de ponderação e sejam

---

<sup>10</sup> Art. 5º (omissis)

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;



superáveis sob determinadas circunstâncias já tratadas. Neves defende que as regras atuam em paradoxo argumentativo com os princípios, em que estes podem balizar, restringir e excetuar as regras, mas dependem destas para ganhar concretude.

Assim, continua sendo importante distinguir entre regras e princípios para melhor localizá-los no processo hermenêutico, porém sem a ilusão e o fetiche principialista do neoconstitucionalismo.

## **2.2 Liberdade de expressão como princípio e liberdade de imprensa como regra constitucional**

A liberdade de imprensa é entendida no Brasil como prolongamento<sup>11</sup> da liberdade de expressão. Sendo considerada expressão sinonímica da liberdade de informação jornalística. Disto se conclui que a liberdade de informar e ser informado é versão radicalizada da liberdade de exprimir o pensamento.

A Constituição Federal de 1969, outorgada pela Emenda Constitucional n. 1 em relação à Constituição de 1967, dispunha em seu artigo 153:

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.  
(BRASIL, 1969)

Nota-se que mesmo os regimes ditatoriais reconhecem a validade e a importância, ao menos simbólica, da liberdade de expressão, porém, são prodigiosos em encontrar razões de interesse público e privado para a tolher.

Neste contexto constitucional é que entram em vigor a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, promulgada ainda na vigência do texto original da constituição antidemocrática de 1967) e o Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965). Os textos legais continham disposições similares quanto ao estabelecimento de limites à liberdade de expressão:

---

<sup>11</sup>Nesse sentido ver: Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Argüente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Argüidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: Artigo 19 Brasil e Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ. Julgamento encerrado em 30.04.2009. Publicação no DJe nº 208 de 05.11.2009.

Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.  
(BRASIL, Lei 5.250/67)

Art. 243. Não será tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por êste o ofensor e, solidariamente, o partido político dêste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.

(BRASIL, Lei 4.737/65)

Com base exatamente nestas normas, que se justificavam na busca da ordem pública, moralidade comunitária, honra e intimidade das pessoas – em especial das autoridades públicas<sup>12</sup> - é que se procedeu às maiores restrições à liberdade de expressão no Brasil, perenizando regimes coronelistas, oligárquicos e ditatoriais. Como se verá, esta lógica de proteção especial da imagem das pessoas de interesse público, em especial as diretamente ligadas ao governo e os candidatos é o inverso do que o direito à liberdade de expressão reclama.

Para John RAWLS (2005) os direitos à liberdade de discurso político e de imprensa estão albergados pelo direito mais básico e geral à liberdade de pensamento. Observando a doutrina americana, Rawls defende que a liberdade de expressão política tem ao menos três marcos: (i) a impossibilidade da existência do crime de *seditious libel* – dolosamente atacar e difamar o governo e seus principais integrantes por seus atos de estado através de qualquer meio<sup>13</sup>; (ii) liberdade de defender movimentos subversivos e (iii) impossibilidade da censura prévia.

Defende ainda que uma sociedade verdadeiramente livre não pode conviver com a idéia de que seja possível que o governo alegue ser difamado.

<sup>12</sup> Neste sentido, notar que o art. 327 do Código eleitoral, as penas relativas aos crimes contra a honra são elevadas se a vítima é o presidente da república ou funcionário público no exercício das funções.

<sup>13</sup> O crime de *seditious libel* foi instituído nos Estados Unidos pelo *Sedition Act* de 1798, antes da primeira emenda que estabeleceu constitucionalmente o direito à liberdade de expressão. Foi afastado peremptoriamente no julgamento *New York Times V.S. Sullivan*, da Suprema Corte, em 1964. Nesse sentido ver: **New York Times Co. v. Sullivan - 376 U.S. 254 (1964)**, disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em 22 de novembro de 2013.

Leia-se:

A história do uso pelos governos do crime da difamação sediciosa para suprimir críticas e dissidências e manter o seu poder, demonstra a grande importância desta liberdade em particular para qualquer modelo adequado das liberdades básicas (ou fundamentais).

(RAWLS, 2005, p. 343, tradução livre)

Na tradição americana, até mesmo o discurso mais virulento que se volte inclusive para o uso da força contra a ordem instituída seria permitido, salvo a constatação de *clear and present danger* - perigo real e iminente de violência física e destruição do Estado.

Rawls (2008) trata, ainda, da tolerância em relação a atos dos intolerantes. O fato de alguém ser intolerante, grosseiro ou inconveniente, não é razão suficiente para lhe tolher a liberdade. Na sua análise hipotética, admitindo uma sociedade justa, dotada de uma constituição que represente o seu ideal de justiça baseado na liberdade igual, Rawls defende que apenas o grave perigo concreto pode tolher a liberdade de discurso de alguém. In verbis:

Assim, os cidadãos justos devem lutar para preservar a constituição com todas as liberdades iguais, contanto que a própria liberdade e as liberdades deles mesmos não corram perigo. Podem, de maneira apropriada, obrigar os intolerantes a respeitar a liberdade alheia, uma vez que é possível exigir de uma pessoa que respeite os direitos definidos pelos princípios que ela própria reconheceria na posição original. Porém, quando a própria constituição está assegurada, não há motivo para negar a liberdade aos intolerantes.

(RAWLS, 2008, pp. 269-270)

O direito geral à liberdade de expressão configura um princípio que pressupõe determinadas condutas específicas caracterizáveis no caso, concreto ou hipotético, conquanto a liberdade de expressão política seria uma regra – específica, descritiva, abrangente e decisiva – para a tomada de decisão – inclusive para a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo.

Rawls é também um moralista, em algum sentido como Dworkin, porém é um liberal. Este autor defende que a partir do seu teste hipotético da posição original - no qual cada cidadão toma sua decisão de justiça ignorando sua posição social, o que o faria tomar a decisão mais equânime e livre – é possível concluir-se racionalmente pela existência de alguns direitos.

É neste sentido que defende a existência de um conjunto de liberdades básicas, inicialmente mais gerais, que implicam para sua ocorrência algumas condutas específicas sejam tomadas ou vetadas pelo Estado.

Para Rawls:

Dado que as várias liberdades básicas são destinadas a entrar em conflito umas com as outras, as normas institucionais que definem estas liberdades devem ser ajustadas para se encaixar em um modelo coerente de liberdades.  
(RAWLS, 2005, p. 295)

Ainda que o filósofo americano não esteja, neste ponto, interessado em uma teoria do direito como analisado acima, é possível concluir que as suas liberdades básicas – em muito equivalentes aos direitos morais de Dworkin e Alexy – em termos gerais, quando positivadas, configurariam os princípios jurídicos de Ávila, porém tem sua concretude e cogência moral elevadas com a construção de regras descritivas pelas instituições constitucionalmente competentes.

Quando consideramos as críticas que Dworkin (2010) tece à teoria da justiça de Rawls, inclusive afirmando que não temos nenhum direito, *prima facie*, à liberdade é que se pode mensurar o quanto esta doutrina moral do direito é incerta e arbitrária, por mais racionais que sejam os argumentos esposados.

Hoje na doutrina e na jurisprudência brasileiras, mesmo quando a liberdade de imprensa é valorizada, isto é feito com base em um sopesamento de valores. No plano teórico, geral, abstrato, decisões como a proferida na ADPF 130/DF, indicam a possibilidade de uma prevalência *prima facie*, como defende Cláudio Chequer, da Liberdade de Expressão.

Porém, esta posição é assumida em função da sua utilidade, do interesse social no acesso à verdade, no direito à memória, na dignidade da pessoa humana que opina, nunca na liberdade por sua estatura constitucional de regra com pretensão de decidibilidade e exclusividade.

A fundamentação moral do direito, ainda que de índole constitucional, continua parecendo essencial. Isto esconde a idéia de que existem direitos mais constitucionais que os outros. E diga-se, não deveria importar – *a priori* - se esta afirmação leva a valorização *prima facie* ou não da liberdade. O que se busca no trabalho científico é

clarear as balizas possíveis para solução das controvérsias com este objeto, e não uma pura defesa do que um valor político.

Chequer, por exemplo, em longa defesa da liberdade de expressão, ensina:

Primeiramente, ela possibilita a autorrealização individual, preservando a dignidade do homem. Além disso, esse direito fundamental permite que um Estado que se pretende realizar como um estado democrático alcance seu desiderato, sendo a liberdade de expressão, neste caso, um meio para a realização de um fim importante para toda a sociedade – a realização do ideal democrático. Pode-se justificar a liberdade ainda com base no fato de esse direito fundamental fomentar a estabilidade governamental e a paz social. (CHEQUER, 2010, p. 11)

Agora, o que aconteceria se o julgador do caso, frente a aparente necessidade de criar uma regra *ad hoc*, desconhece ou discorda desta fundamentação? E se no caso, for possível entender que aquele discurso é perigoso, subversivo, colocando em risco a *estabilidade governamental*? Respondo, acontecerá uma ponderação em que a liberdade será afastada por estar desconectada do interesse ou bem coletivo, no estrito entender daquele juízo.

O espanto é maior quando se lembra que o próprio DWORKIN (2010), como dito alhures, não admite a hipótese de um direito fundamental individual ser afastado mediante a ponderação com o bem coletivo.

CHEQUER (2010) é, também, um neoconstitucionalista, para ele, a Liberdade de Expressão, por seus elevados fundamentos, fez jus ao assento constitucional e por tal motivo é limitada externamente pelos demais direitos morais devendo ser ponderada com estes em caso de conflito de interesses.

Reconhece-se os riscos dessa ponderação no caso concreto e *a posteriori*, “a tendência do aplicador do direito é analisar o problema capaz de retratar a situação de conflito de forma apenas superficial” e que “é difícil para o aplicador do direito se despir de suas ideologias, valores pré-concebidos, para realizar uma ponderação cientificamente eficaz (...)” (CHEQUER, 2010, p. 13). Apesar destas ressalvas e da busca, aqui comungada, por *Standards* de decisão, o autor carioca abraça a ponderação em voga no direito pátrio.

O julgamento da ADPF n. 130 (STF, 2009) permitiu que um arroubo ditatorial, a Lei de Imprensa (BRASIL, 1967), fosse afastado de plano do nosso regime jurídico, estabelecendo que (i) a liberdade de imprensa é prolongamento especialmente

protegido da liberdade de expressão; (ii) a liberdade de manifestação do pensamento é reflexo claro da dignidade da pessoa humana; (iii) as questões de dano à personalidade pelo exercício do direito de opinião e informação deveriam ser resolvidas diretamente por ponderação constitucional; (iv) a incidência dos direitos a personalidade implica o direito a reparação cível, penal e administrativa.

Em seu voto, o Min. Carlos Ayres Britto destaca que a liberdade de expressão teria prevalência prévia, o que impede a censura antecipada, e o direito à honra seria posterior. Reconhece também que “a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.” (STF, 2009, p. 15).

Importa registrar, ainda, que eventual diferença de referencial teórico não impede a concordância prática em certas conclusões. É neste sentido que se ressalta a seguinte passagem do voto do ministro relator:

Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica  
(STF, 2009, p. 32)

Tão longe que vá a fundamentação e a essencialidade da liberdade de expressão e, em especial, de imprensa, é imperioso descer do mundo da moral para o mundo do direito, dos textos e decisões, das consequências práticas na vida das pessoas.

Vejamos o texto constitucional, no que interessa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.  
(BRASIL, 1988)

Como visto, em síntese, (i) um mesmo dispositivo ou texto normativo pode denotar mais de uma norma, ou uma norma com diversas classificações em diversas

hipóteses normativas; (ii) regras são essencialmente descritivas, ensejando uma proibição, obrigação ou permissão e (iii) princípios descrevem um estado de coisas a ser alcançado ou preservado.

O art. 5º, inciso IV, denota duas regras distintas, uma dá permissão aos particulares para emitir o seu pensamento, está apoiada no princípio geral da Liberdade, descreve uma conduta específica e tem clara pretensão de abrangência. Pois isoladamente pode fornecer a norma concreta, salvo clara restrição constitucional, estabelecida na parte final do art. 220, § 1º, da própria CRFB.

Está acompanhado, no mesmo dispositivo, de outra regra direta: é vedado o anonimato. A manifestação pública do que se pensa não pode ser feita às escondidas, por ser uma contradição em seus próprios termos. Há uma conduta claramente proibida, há uma descrição completa do objeto da lide, com esta regra o constituinte demonstra clara intenção de resolver qualquer questão relativa a este anonimato *prima facie*.

O conjunto de liberdades de manifestação do pensamento disposto no art. 5º, têm dupla faceta. A proibição de censura ou licença é nítida regra, implica ao estado o dever de adotar a conduta de não exigir licença e ao particular o de se objetar a eventual censura ou requisição de autorização, está adstrito ao princípio da liberdade, já que o concretiza definindo constitucionalmente uma de suas faces e se aplica pela simples correspondência do fato à norma. Em se tratando de liberdade de expressão não se pode exigir licença prévia. Por tudo isso, fica claro que a norma tem pretensão de exclusividade e abrangência.

Ao revés, a idéia geral de liberdade expressão genericamente considerada na parte inicial do inciso indica um estado de liberdade a ser maximizado, impõe claros deveres ao legislador e ao julgador, mas apenas como condutas necessárias para que este estado de coisas seja realizado, tem uma propensão finalística a ser complementada com outros princípios e regras jurídicas, dentre estas se destaca a do art. 220 que trata a seguir.

Em seu caput, o art. 220 estabelece claríssima proibição, descreve uma conduta. Como visto, a história demonstra que não se deve dar margens às restrições à liberdade de imprensa, por isso a radicalidade do termo “não sofrerão qualquer restrição” – ou seja, é uma norma primariamente retrospectiva – e pretende decidir de modo exclusivo e abrangente.

Logo, é evidente a subsunção deste dispositivo ao conceito de regras proposto por Ávila, para compreender que este dispõe uma regra constitucional de defesa da liberdade – o princípio básico que o fundamenta.

Seria possível argüir, em sentido contrário, que a parte final do dispositivo (observado o disposto nesta Constituição) indicaria uma aplicação desta norma em ponderação com *todas* as demais da Carta Constitucional.

Em resposta, deve-se esclarecer que os modelos teóricos são tipos ideais, pelo que o próprio Ávila (2009) utiliza expressões como *imediatamente*, *primariamente* e *pretensão* para denotar que estas características não são absolutas. O termo indicado consubstancia uma exceção feita de forma geral, mas que se especifica no parágrafo primeiro.

De fato, não existem direitos absolutos, e não importando se são regras ou princípios. Isto não libera o interprete da carga argumentativa de esclarecer um método estável, geral e isonômico de aplicação das normas.

A força e abrangência dadas pelo texto constitucional a este direito na parte inicial do dispositivo é refreada por uma clausula de abertura na parte final, técnica legislativa que acompanha diversas regras, mas não as descaracteriza.

No mais, cabe lembrar que, em trecho já citado, o próprio Ávila indica que também as regras podem eventualmente ser ponderadas e tem, inescapavelmente sua aplicação modulada pela incidência dos princípios.

**Desta forma, a ressalva constitucional, antes de contrariar, reforça o caráter de regra da norma extraída do art. 220, caput, da Constituição da República de 1988.**

Tal conclusão é reforçada quando se analisa o parágrafo primeiro deste artigo.  
Repete-se:

Art. 220 (omissis)

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.  
(BRASIL, 1988)



Aqui, novamente, uma conduta é claramente descrita – nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço – ordem primariamente destinada ao legislador infraconstitucional, mas que obviamente se direciona – como ocorreu no julgamento da citada ADPF n. 130/DF pelo STF – também ao judiciário na interpretação de regras infraconstitucionais. Basta que a lei constitua embaraço (condição ou hipótese normativa) para que se justifique a sua aplicação.

É novamente na exceção que a norma mostra seu caráter de regra. “Observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988), é dizer a regra contém sua própria exceção. Quando o julgador *dá maior peso* ao direito à intimidade ou à honra, não está afastando momentaneamente a aplicação da liberdade de expressão, muito pelo contrário. É o próprio art. 220, §1º, que delimita que não configura liberdade de expressão aquele discurso que ataca a dignidade humana, ou seja, anônimo, desde já determinando o direito de resposta.

Não há qualquer necessidade de *ponderar* o direito à honra, e.g., com o direito à liberdade de imprensa – espécie da liberdade de expressão. A própria constituição resolveu esta lide em uma exceção, portanto regra, contida na regra que delimita a liberdade de imprensa.

Trata-se, portanto, de uma limitação interna ao direito à liberdade de imprensa, seu próprio texto constitucional – positivado – o limita. O entendimento constitucional originário deixou claro, *prima facie*, que a liberdade de expressão é limitada pelos direitos da personalidade.

Não há qualquer necessidade de firulas hermenêuticas com uma valoração dos princípios e ponderação, usando ou não as fórmulas de Alexy. O constituinte já cumpriu essa missão com excelência, delimitando o âmbito de proteção da liberdade de expressão e de imprensa.

A questão que realmente resta nos casos em que tais direitos sejam invocados pelos litigantes é se ocorreu efetivo e relevante dano à honra, à imagem, à intimidade ou à vida privada.

Em verdade, este discurso, tão mais rígido como as regras são em relação aos princípios, poderia a primeira vista favorecer a defesa da honra e prejudicar a liberdade.

Como dito anteriormente, não se busca aqui a promoção de um valor específico, e sim da própria Constituição da República Federativa do Brasil. Não se adota um método ou outro em função de valorizar um resultado qualquer, em verdade se busca ampliar, nos termos de Neves, a coerência e adequação social do direito.

Decorre disto, de fato, que nenhum direito é verdadeiramente promovido por soluções *ad hoc* ou que ignorem o sentido mínimo das palavras. Alguns litigantes podem eventualmente ser beneficiados por um convencimento especial do julgador, todavia as normas são tão mais eficazes quando mais previsível é a sua aplicação.

Assim, um modelo interpretativo como o ora defendido, e uma classificação das normas que considere firmemente o texto, promove a liberdade de expressão, pois sabendo os limites constitucionais para sua atuação os atores poderão intervir na realidade de forma enfática, sem pudores ou receios.

Os direitos da personalidade têm estatura constitucional e merecem sério respeito. É inegável que a linguagem felina pode destruir reputações e psiques. Esta temática será detalhada adiante, mas já se pode lembrar que a mera idéia de utilidade pública da informação não pode ser suficiente para afastar o direito individual à personalidade.

É neste cenário que se conclui que o direito à liberdade de imprensa assume, preferencialmente, o caráter de regra constitucional – e, portanto, tem pretensão de exclusividade e abrangência na decisão das questões jurídicas – e não deve ter a ponderação como método preferencial de interpretação.

Dar cumprimento às suas exceções claramente definidas na própria regra não é ponderá-la, mas sim executá-la. Como diria o brocardo jurídico, onde a constituição já ponderou – ou, mais tecnicamente, quando a própria constituição seleciona a complexidade de expectativas normativas – não cabe ao julgador/intérprete ponderar de maneira diversa.

### **3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE ELEITORES E DA LIBERDADE DE IMPRENSA.**

Estabelecido o panorama teórico, cabe voltar-se à casuística específica da temática deste estudo monográfico – as balizas à liberdade de expressão de eleitores e órgãos de comunicação social por mídia impressa e eletrônica no período e em questões eleitorais.

Imperioso levantar as diferenças de regime jurídico que se impõe entre estas duas classes de sujeitos. Em breve termo, a jurisprudência tem assentado uma diferença de proteção normativa entre estes sujeitos em função da utilidade social da sua liberdade.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 130/DF, estabeleceu que a liberdade de imprensa constitui modalidade especialmente protegida da liberdade de expressão, em função da importância da imprensa como contraponto ao estado na formação da opinião pública.

Depreende-se que aos órgãos de comunicação é reservado especial direito à liberdade de expressão pela realização de um interesse público, qual seja, o controle do estado. Assim define a Corte que o direito à liberdade destes sujeitos configura um sobredireito da personalidade.

Segundo esta divisão, ao cidadão/eleitor, isoladamente considerado, a Constituição reservaria menor âmbito de proteção, estando este albergado apenas pelo art. 5º, IV e IX<sup>14</sup>, da própria Constituição da República.

Definido aqui que estes trechos do texto normativo encerram dispositivos classificáveis como princípios, denotando o direito à liberdade de expressão, posto que se voltam a estabelecer um estado de coisas valorizado – um espaço de liberdade – e não terem pretensão de decidibilidade absoluta, antes se comunicando com os demais direitos de mesma estatura positivados, por exemplo, no próprio artigo 5º da CRFB.

---

<sup>14</sup>IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

O art. 220, caput e parágrafo primeiro, dispõem, ao revés, regra constitucional que dá concretude de significado ao princípio da liberdade de expressão em uma modalidade específica, os meios de comunicação social. Esta norma descreve condutas permitidas (plena liberdade dos meios de comunicação) e vedadas (qualquer embaraço legal), evidenciando sua pretensão de abrangência e autonomia na solução de eventual controvérsia.

Estabeleceu, todavia o STF que o vocábulo *plena* deveria ser entendido como *prévia*. Veja-se.

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; (STF, 2009, p. 4)

A uma atividade que já era livre (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). (STF, 2009, p. 8)

[A]ssim visualizada como verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma. (STF, 2009, p. 40)

### 3.1 Caracterização de órgão de comunicação social.

Portanto, há um regime de aproximações e distanciamentos entre a liberdade do indivíduo e a liberdade do ente de imprensa. Literalmente, em princípio, ambos estão igualmente protegidos pelo estado de coisas promovido pelo art. 5º, IV e IX. Ao passo em que a regra constitucional da plenitude se volta apenas à *comunicação social* nos termos do *nome iuris* do capítulo V do título VIII da Carta Republicana.

A diferença material que aparta estes dois mundos, a qual será repetida na interpretação dada pela justiça eleitoral em específico é de que a imprensa é aquele meio de comunicação social voltado para a coletividade, com a possibilidade de propagar a idéia divulgada, enquanto o particular realiza comunicação privada, interpessoal, voltada exclusivamente àqueles que com ele tenham interesse especial.

Na fundamentação do acórdão da ADPF n. 130, foi reconhecido o papel importantíssimo da INTERNET na divulgação de informações, porém foi estabelecido que o

meio de comunicação não determina o nível de proteção constitucional, pelo que a rede mundial não estaria *prima face* protegida pelo art. 220 da CRFB. O que delimitaria a incidência da regra ou do princípio seria a atividade primordial desenvolvida pelo emissor da mensagem.

Para os órgãos de comunicação e para os jornalistas, a proteção está presente em todos os meios. Ao revés, o simples fato do cidadão se comunicar via internet não atrairia a incidência da proteção especial.

Na internet, todavia, as fronteiras entre órgão de comunicação e cidadão se diluem. Na mídia tradicional – impressa ou por radiodifusão – é estanque a divisão entre emissor e receptor, posto que a realidade exige investimentos e preparo técnico para que o interessado possa levar sua mensagem a um número elevado de destinatários. Na mídia eletrônica, por conceito, todos são integrantes da mesma rede mundial, descentralizada, e qualquer pessoa é geradora de um dado potencialmente acessível a todos os demais integrantes da rede.

As idéias de *memes* e virais – hoje tanto utilizadas pelo marketing, inclusive político – demonstra que qualquer pessoa com acesso à rede pode, sem maiores pretensões, criar conteúdo de alcance imprevisível e que rapidamente se torne incontável e irrastrável.

A jurisprudência eleitoral se esforça em diferenciar entre conteúdo jornalístico e conteúdo propagandístico. Em relação aos *órgãos de imprensa* a proibição de reprodução de propaganda eleitoral em sítio de pessoa jurídica é afastada – acertadamente – em homenagem ao art. 220, §1º, da CRFB, ao passo em que o blog de um eleitor que não seja classificado como jornalista – tomando atitude similar – pode ser considerado realizador de propaganda, em especial a antecipada.

Neste sentido, compare-se:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. **SÍTIO DE RELACIONAMENTO. ORKUT. MEIO IDÔNEO À DIVULGAÇÃO DA CAMPANHA AO CONHECIMENTO GERAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA Nº 182/STJ. DESPROVIMENTO.**

1. Sítios de relacionamento na internet, ainda que tenham seu acesso restrito aos usuários, constituem meios aptos à divulgação de propaganda eleitoral

extemporânea, uma vez que são amplamente utilizados para a divulgação de idéias e informações ao conhecimento geral. Precedente.

2. O agravante deve infirmar os fundamentos da decisão agravada sob pena de atrair a incidência da Súmula nº 182/STJ. Precedente.

3. Agravo regimental desprovido.

(Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 5817- 30/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 22.3.2011- sem grifo no original)

ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL. INTERNET. PROIBIÇÃO. VEICULAÇÃO. SÍTIO. PESSOA JURÍDICA. EMPRESA JORNALÍSTICA. LIBERDADE DE IMPRENSA.

1. Não há irregularidade quando sítios da internet, ainda que de pessoas jurídicas, divulgam - com propósito informativo e jornalístico - peças de propaganda eleitoral dos candidatos.

2. A regra do art. 57-C, § 1º, I, da Lei nº 9.504/97 deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal que assegura, no art. 220, a liberdade de imprensa e garante, no inciso XIV do art. 5º, o acesso à informação.

**3. A referência expressa às peças de propaganda eleitoral dos candidatos ou mesmo sua reprodução, quando realizadas pelos órgãos de imprensa e jornalistas que possuem sítios, páginas ou blogs na internet, não se enquadram na hipótese do art. 57-C, I, da Lei nº 9.504/97.**

4. Eventuais abusos que sejam cometidos no exercício da atividade jornalística devem ser apurados pelos meios próprios.

5. Recurso a que se nega provimento.

(Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Em Representação n. 34.776/DF. Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA. Julgado em 16/11/2010. Publicado em Sessão. Disponível

em:<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral:plenario:acordao:r.p:2010-11-16:rp-347776>>. Acesso em 20 de novembro de 2013)

### 3.2 As balizas à manifestação dos eleitores

A Lei 9.504/97 – Lei das Eleições –, na sua nova redação, dispõe sobre a propaganda na internet:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, **redes sociais**, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações **ou de iniciativa de qualquer pessoa natural**.

Art. 57-C. Na internet, é **vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga**.

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios:

I - **de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos**;

II - oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Art. 57-D. **É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral**, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

§ 1º [\(VETADO\)](#)

§ 2º A violação do disposto neste artigo **sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda** e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (BRASIL, Lei 9.504/97, grifo do autor)

A minirreforma eleitoral de 2009, realizada pela Lei nº 12.034 daquele ano, trouxe para a legislação pátria o primeiro tratamento específico da comunicação via internet quanto ao controle de discursos.

Primeiramente, cabe esclarecer porque este capítulo tangencia a questão da propaganda eleitoral, ainda que este estudo não se debruce sobre o comportamento de candidatos, partidos e coligações. Ocorre que a previsão do art. 57-B, IV, parte final da Lei das Eleições abre a possibilidade de que seja considerada propaganda a manifestação em rede social realizada por qualquer pessoa natural, desde que a publicação atenda ao conceito geral de propaganda eleitoral – isto é, seja voltada a captação de sufrágio.

Desta maneira, a regra legal amplia para os eleitores as limitações incidentes sobre os agentes de campanha no período eleitoral. Assim, a permissão da propaganda em rede social por qualquer pessoa natural tem também um viés de proibição, pois sujeita os eleitores às proibições gerais referentes à propaganda, em especial o limite temporal.

A manifestação de eleitor, se entendida como propagandista, antes de 06 de julho do ano eleitoral, pode configurar o delito de propaganda antecipada estipulado no art. 36, caput e §3º, da Lei das Eleições<sup>15</sup> e o sujeita à multa prevista no art. 57-D, §2º, da mesma Lei.

Ora, se é verdade que o art. 220, §1º, da CRFB encerra regra constitucional, portanto com concretude superior ao princípio estampado no art. 5º, IV e IX, relativa à *Comunicação Social* (*nome iuris* do título constitucional) isto não quer dizer que será protegido pela regra apenas aquele que estiver profissionalmente inscrito em tal atividade. A

<sup>15</sup>Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

§ 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior

incomparável contribuição de democracia que pode prover a internet é justamente que a opinião pública passa a ser formada ou estruturável por intervenção de todos, e não apenas os detentores de alguns mecanismos.

Pelo que, alguém que não tenha o jornalismo como profissão poderia, em seu blog ou página de rede social, dedicar-se a comentar a política nacional, p.ex., e neste processo defender ou repreender firmemente determinado candidato ou pré-candidato e fazê-lo com interesse em contribuir para a formação da opinião pública.

Dado que a jurisprudência reconhece que as redes sociais – inclusive as páginas pessoais – “constituem meios aptos à divulgação de propaganda eleitoral extemporânea, uma vez que são amplamente utilizados para a divulgação de idéias e informações ao conhecimento geral”<sup>16</sup>, então estas devem ser albergadas pela mesma proteção dedicada aos demais meios de comunicação social.

### **3.3 Imprensa escrita e eletrônica. Propaganda Irregular e Abuso de Poder Econômico**

A inconsistência indigitada se deve à busca constante da jurisdição por definir o que seja o bom jornalismo, a prática adequada, escoreita. Ora, conforme a própria ADPF 130 bem definiu, quando se trata de liberdade de expressão, ou há plena liberdade, ou não há liberdade. O controle social da mídia – em especial eletrônica – se dá pelas escolhas dos leitores/internautas/consumidores e não pelo poder judiciário.

O jornalismo, na visão moralista de muitos julgadores, seria apenas objetiva descrição de fatos, a opinião deveria ser neutra e imparcial e jamais tangenciar a imagem das nobres autoridades públicas, diversos julgadores se arvoram no direito de decidir quando, como e quanto devem os jornais elogiar ou criticar determinado candidato. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado de Santa Catarina:

**PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA - ENTREVISTA DE VICE-PREFEITO E DIRETOR DO SAMAE - ABUSO - INFRAÇÃO CARACTERIZADA.**

O jornalismo é por excelência uma função crítica. Não se faz jornalismo com mesuras, muito menos será jornalista quem for subserviente. Entrevistas não são oportunidades para um político se reverenciar, detratando seus opositores. Até poderá fazê-lo (há liberdade de expressão), mas **é inaceitável que o entrevistador se preste a servir como uma escada para um discurso que soa concertado e no qual as perguntas são apenas um pretexto para os elogios do entrevistado a si**

<sup>16</sup> Supracitado AgR-RESPE n. 5817-30/MG



**mesmo e para depreciação ininterrupta aos opositores. É constrangedor, ainda, que o jornalista, aderindo às posições do interlocutor, passe a ter o mesmo pensamento:** enaltece quem está no estúdio e tripudia os ausentes. Não há entrevista, mas um eco. Não existe jornalismo, mas propaganda. Recursos conhecidos e improvidos.

(TRE-SC - RDJE: 26240 SC, Relator: HÉLIO DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 10/07/2013, Data de Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 130, Data 17/07/2013, Página 4-5, grifo nosso)

Neste caso, é possível perceber claramente o julgador buscando definir qual a melhor abordagem editorial para o jornal na realização e divulgação de entrevistas com candidatos.

Tal entendimento fere de morte a plena liberdade de imprensa, pois sob sua égide o jornalista – atacando ou não algum candidato – é colocado à disposição da corte, que julgará qual a forma correta de exercer sua profissão.

Ainda mais perigosa, entretanto, é a insegurança jurídica propiciada por este eterno ponderar, como se vê no caso abaixo do mesmo Tribunal Regional, em que a imposição de sanção ao jornalista por ter proferido ácidas críticas é afastada em nome do próprio art. 220:

ELEIÇÕES 2012 - RECURSO ELEITORAL - ABUSO DO PODER - ALEGADO USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO - **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO VALOR EQUITATIVO DA LIBERDADE POLÍTICA NÃO PERMITE O AFASTAMENTO DO DIREITO DE CRÍTICA DA IMPRENSA - MERA DIVULGAÇÃO DE OPINIÕES DESFAVORÁVEIS E ELOGIOSAS NA IMPRENSA ESCRITA - PREVALÊNCIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA** - ART. 3º, ART. 5º, INCISO IX, E ART. 220 DA CF - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE OPINIÃO - INFRAÇÃO AO ART. 22, INCISO XIV, DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90 NÃO COMPROVADA - ALEGADA PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO - VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL DE AUTARQUIA MUNICIPAL NO PERÍODO ELEITORAL - ART. 73, VI, DA LEI N. 9.504/1997 - CONFIGURAÇÃO - AUTONOMIA ADMINISTRATIVA LIMITADA POR NORMA DO MUNICÍPIO - INGERÊNCIA DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL NO ÓRGÃO AUTÁRQUICO SAMAE - VINCULAÇÃO TAMBÉM VERIFICADA PELA APOSIÇÃO DO NOME DA PREFEITURA E DE SEUS EMBLEMAS OFICIAIS NAS PUBLICAÇÕES IMPUGNADAS - DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DE FINS ELEITOREIROS - RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA CHEFIA DA PREFEITURA DURANTE O PERÍODO VEDADO - REFORMA DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO - APLICAÇÃO DE MULTA. - **O uso indevido dos meios de comunicação social não se confunde com o direito de crítica e a liberdade de expressão, mas se resume à efetiva utilização da imprensa em prol de uma determinada candidatura, enaltecendo-a ou censurando-a, com o fito de desequilibrar o pleito em favor de específica pessoa, partido ou coligação.** "O entendimento consagrado na jurisprudência desta Corte é de que os jornais e os demais veículos impressos de comunicação podem assumir posição em relação aos

pleitos eleitorais, sem que tal, por si só, caracterize propaganda eleitoral ilícita". (RESP n. 18.802/AC, DJ de 25.5.2001, Rel. Min. Fernando Neves). A publicidade institucional cuja autorização em período eleitoral configura a conduta vedada prevista no inciso VI, alínea b, do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, é de responsabilidade do administrador e visa divulgar os atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, portanto distingue-se da divulgação de matérias jornalísticas pelos órgãos de imprensa. Para a configuração da conduta vedada constante na alínea b do inciso VI do art. 73 da Lei n. 9.504/97, basta a ocorrência de veiculação de publicidade institucional no período vedado, posto que afeta, por presunção legal, a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais. Assim, é desnecessária a verificação de intuito eleitoreiro (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 719-90/MS, de 4.8.2011, Rel. Min. Ministro Marcelo Ribeiro).  
(TRE-SC - RDJE: 28505 SC, Relator: MARCELO RAMOS PEREGRINO FERREIRA, Data de Julgamento: 30/10/2013, Data de Publicação: DJE - Diário de JE, Tomo 212, Data 07/11/2013, Página 3-4)

Nas mesmas eleições, em caso diverso, o mesmo Tribunal compreendeu que determinada publicação em um jornal específico, não teria caráter suficientemente jornalístico, pois dotada de crítica severa à campanha de um candidato em específico, pelo que se resolveu por punir o periódico. Tal decisão foi mantida no Tribunal Superior Eleitoral, de cuja decisão monocrática se extrai:

Cuida-se de recurso especial eleitoral (fls. 212-217) interposto pela Editora Atlântica Ltda., por Luiz Fernando Fedeger e Olívio Beltrão Júnior contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) que, negando provimento a recurso eleitoral, **manteve a condenação que lhes fora imposta com base no art. 43 da Lei nº 9.504/97**. A ementa do julgado possui o seguinte teor (fl. 198):

ELEIÇÕES 2008 - RECURSO - REPRESENTAÇÃO - REPORTAGEM PUBLICADA NA IM PRENSA ESCRITA - VIOLAÇÃO AO ART. 43 DA LEI N. 9.504/1997 - **MATÉRIA SEM CARÁTER JORNALÍSTICO - VEICULAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO POLÍTICA EM PREJUÍZO DE DETERMINADA CANDIDATURA - EXPRESSÕES PEJORATIVAS E OFENSIVAS À IMAGEM DO CANDIDATO - DESPROVIMENTO.**

(...)

é forçoso concluir que também se sujeita à multa empresa responsável por jornal que produza reportagem "negativa" manifestamente despida de cunho jornalístico, com a intenção de macular a honra do candidato nela mencionado e conseqüentemente prejudicar a sua campanha eleitoral.

(Tribunal Superior Eleitoral. Respe n. 9981-45538/SC. Rel. Min. MARCELO HENRIQUE RIBEIRO. Decisão monocrática de 10/05/2011. Publicado no DJe de 13/06/2011, Tomo 111, p. 57-59, grifo do autor)

A situação é tão grave que, em uma mesma eleição, considerado apenas um tribunal regional, há julgados que indicam que o jornalista não pode deixar de criticar, pode criticar e não deve criticar. Tamanha inconsistência configura um quadro de insegurança jurídica que impede o gozo pleno tanto do direito à liberdade de expressão como do direito à proteção da honra e da imagem.

Mesmo a argumentação mais liberal, que protege a possibilidade de crítica ácida, ao abrir margem para o conceito de abuso de direito em nome da isonomia do pleito, desrespeita a regra insculpida no art. 220 da CRFB. Assim, o jornal ou meio eletrônico pode – eventualmente – criticar ou elogiar algum candidato, mas deve tomar cuidado para não apoiar irrestritamente nenhuma candidatura.

Ao revés da posição tomada pela jurisprudência, como visto, a regra constitucional citada não se presta a livre ponderação pelo julgador do caso concreto, antes, é uma norma que prevê em si suas exceções, se referindo especificamente aos direitos da personalidade. O princípio da isonomia do pleito, em momento algum positivada constitucionalmente na Constituição da República, não consta do rol de possibilidades de limitação aos órgãos de imprensa, sobretudo a escrita e eletrônica, que independem da emissão de autorização estatal para existirem.

No sistema brasileiro, quanto aos meios de imprensa independentes de outorga – escrita e eletrônica – não há qualquer proibição literal à promoção de determinada candidatura, entendendo-se que, por força da liberdade garantida constitucionalmente, seria viável a estes meios de comunicação tomar partido no processo eleitoral.

Porém, há três mecanismos utilizados para punir órgãos de imprensa por ataques ou elogios que façam a candidaturas: o abuso de poder econômico por uso indevido dos meios de comunicação social, na forma do art. 22 da Lei das Inelegibilidades (LC n. 64/90); a configuração de matéria como propaganda irregular, incidindo na multa do art. 43, §2º, da Lei das Eleições<sup>17</sup>; e a configuração de crime contra a honra na propaganda eleitoral irregular, sujeitando-se às penas dos artigos 324 a 326 do Código Eleitoral.

A noção de abuso de poder na seara eleitoral está amparada no art. 14, §§ 9º e 10, da CRFB:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

---

<sup>17</sup> Art. 43. São permitidas, até a antevéspera das eleições, a divulgação paga, na imprensa escrita, e a reprodução na internet do jornal impresso, de até 10 (dez) anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato, no espaço máximo, por edição, de 1/8 (um oitavo) de página de jornal padrão e de 1/4 (um quarto) de página de revista ou tabloide.

§ 1º Deverá constar do anúncio, de forma visível, o valor pago pela inserção      § 2º A inobservância do disposto neste artigo sujeita os responsáveis pelos veículos de divulgação e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados a multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente ao da divulgação da propaganda paga, se este for maior.

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.  
(BRASIL, 1988)

A idéia de uso indevido dos meios de comunicação está afirmada no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, se referindo a abertura de investigação judicial eleitoral referente a uso indevido dos meios de comunicação social.

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:  
(BRASIL, 1990, grifo nosso)

Gomes (2010) explica que qualquer abuso de direito implica a responsabilização do agente e que:

Haverá abuso sempre que em um contexto amplo, o poder – não importa sua natureza – for manejado com vistas à concretização de ações irrazoáveis, anormais, inusitadas ou mesmo injustificáveis diante das circunstâncias que se apresentarem e, sobretudo, ante os princípios agasalhados no ordenamento jurídico.  
(GOMES, 2010, p. 259)

Segue para indicar que o conceito de abuso de direito é aberto e fluido, somente podendo ser detalhado à luz do caso concreto. Mesmo com toda essa fluidez e abertura de significado de abuso, a liberdade de imprensa é afastada por diversas vezes sob o entendimento de que o grau de apoio ou crítica dispensado por um ente jornalístico leva a crer que estaria comungado com um candidato para elegia-lo ou prejudicar terceiro. Em verdade, basta o benefício do abuso de poder a um candidato, sem qualquer prova de relação entre candidato e ente indigitado abusador para que se caracterize o dano e a responsabilidade.

Esta prática sofre a influência direta e incontestada da teoria civilista de abuso de direito, a partir da idéia civil de dano e de responsabilidade, conforme esposada nos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002:

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.  
Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(BRASIL, 2002)

Ocorre que esta noção é construída e adequada ao direito privado, às relações entre particulares, em regra relativas a questões patrimoniais e disponíveis. De notar ainda que, no direito civil, a responsabilidade se resolve, em última instância, em indenização pecuniária. Conquanto o direito de propriedade também seja protegido constitucionalmente, não se pode dizer que o tenha sido na mesma intensidade da liberdade de expressão e de imprensa.

O direito fundamental à propriedade privada está positivado no art. 5º, caput e inciso XXII, seguido de imediato pela regra do inciso XXIII que estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988). Ora, a regra constitucional da função social legitima a noção de abuso do direito de propriedade, pois este direito individual tem seu âmbito de proteção definido pela utilidade social que gera.

Totalmente diverso é o enquadramento do direito à liberdade de expressão. Como visto no segundo capítulo, conquanto a liberdade seja em si extremamente útil e essencial ao desenvolvimento da democracia, ela existe *per se* e tem significado em si mesma. A liberdade de imprensa é constitucionalmente caracterizada como plena, sendo descabido falar em abuso por ofensa aos bons costumes. A liberdade existe justamente para a revisão de tudo aquilo que seja costumeiro, sólido, consensual. A liberdade que não incomoda não é livre.

Para MILLS “É de se esperar tenha chegado o tempo em que não se faz necessária defesa alguma da ‘liberdade de imprensa’ como uma das garantias contra os governos tirânicos e corruptos.” (1942, p. 42), todavia não é essa utilidade que a justifica, mas sim a sua inerência à construção de uma sociedade livre e ciente da sua possibilidade de erro:

Mas o mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem da opinião ainda mais que os que a sustentaram.”

(...)

Se a opinião é certa, aquele que foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro.

(...)

Nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar, seja falsa; e, se estivéssemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal.

(MILLS, 1942, p. 44)

A jurisprudência eleitoral, entretanto, não é sensível a esta possibilidade de erro e busca tutelar as críticas e elogios que o eleitor pode ler a respeito das diversas candidaturas nos meios de comunicação social.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral afirma que sim, no Brasil, jornais e demais impressos tem o direito de apoiar ou criticar determinada candidatura, como se vê:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. DIBULGAÇÃO DE MATÉRIAS ACERCA DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO REPRESENTADO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior admite que os jornais e demais meios impressos de comunicação possam assumir posição em relação à determinada candidatura, devendo ser apurados e punidos os excessos praticados. Precedentes.
2. Não se verificam eventuais abusos ou excessos na divulgação de notícias acerca da atuação política do representado, relativas acerca da atuação política do representado, relativas a fatos do interesses da população no local e no padrão das demais matérias publicadas no jornal.
3. Recurso ordinário desprovido.

(Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 2356/SP. Rel. Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Julgado em 20 de agosto de 2009. Publicado no DJe em 18/09/2009, p. 22)

Todavia, em verdade, o que acontece é que o julgador diante da representação por abuso de poder se debruçará sobre cada matéria e avaliará o grau da crítica ou elogio, quantas vezes se repetem, a medida gráfica da matéria para avaliar se é mera crítica jornalística ou abuso de poder. A título de exemplo, leia-se:

RECURSO ELEITORAL – ELEIÇÕES 2012 – PREFEITO E VICE – AIJE – USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – JORNAL – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM – REVERSÃO EM SEGUNDO GRAU – A LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO SE REVESTE DE NATUREZA ABSOLUTA, DEVE SER INTERPRETADA EM CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NO ART. 220, CAPUT E SEU § 1º, TODOS DA CF/88 – USO INDEVIDO DE JORNAL LOCAL COM CRÍTICAS ÁCIDAS E REITERADAS A CANDIDATO ADVERSÁRIO, EM EVIDENTE EXTRAPOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA – A SUPOSTA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS RECORRENTES PELA VEICULAÇÃO DAS MATÉRIAS ABUSIVAS AFIGURA-SE INÓCUA, PORQUE, SEGUNDO JURISPRUDÊNCIA DO E. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, O ABUSO PODE FICAR CONFIGURADO SÓ PELOS BENEFÍCIOS QUE DELE SE EXTRAÍ – PRECEDENTES – PROVAS ADEMAIS DE QUE O JORNAL MANTINHA RELAÇÕES DE PROXIMIDADE COM OS REPRESENTADOS – PARCIAL PROVIMENTO  
(Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral n. 316-66.2012.6.26.0355, Julgamento em 01 de agosto de 2013, publicado no DJe em 08 de agosto de 2013)

Em que pese neste caso haver indicações de relações entre os proprietários do jornal e os candidatos beneficiados, o próprio voto condutor ressalta que “A propósito, estes dados ainda que não existissem no feito, poderiam ser contornados pela própria jurisprudência” entendendo que a participação de candidato beneficiado pelo abuso é irrelevante.

Para tanto, avaliou que o jornal teria cometido abuso por não ter agido “com a imparcialidade que se espera de um veículo de imprensa” (página 12 do voto-relator).

Ora, não há qualquer regra jurídica que determine comportamento imparcial dos órgãos de imprensa em geral. Apenas aos órgãos de radiodifusão é que se faz tal exigência, com base no artigo 45<sup>18</sup> da Lei das Eleições, exigência parcialmente mitigada pela decisão do Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na ADI 4.451/DF de 20 de setembro de 2009 quando se estabeleceu que a eventual opinião favorável ou contrária é possível.

Neste cenário, é seguro concluir que hoje, no Brasil, a imprensa escrita e eletrônica tem liberdade para opinar a respeito de figuras públicas, campanhas, propostas e pode fazê-lo até mesmo com críticas ácidas e felinas, mas não deve se tornar em instrumento de campanha, não deve efetivamente adotar uma candidatura e apoiá-la irrestritamente, pois se o fizer corre elevado risco de ser considerado em um primeiro momento como propaganda irregular e, a depender da intensidade, como abuso de poder econômico por uso indevido de meio de comunicação social, sujeitando editores, jornalistas e editora à elevadas multas previstas na legislação eleitoral.

### **3.4 O dano à honra. Propaganda reversa por eleitor ou por órgão de imprensa**

A proteção da honra, da imagem, da vida privada e da intimidade está positivada no direito constitucional pátrio no art. 5º, X, da Constituição da República de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

---

<sup>18</sup> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

(omissis)

IV – dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

Esta norma é descritiva, ainda que aberta, e se pretende também plena – inviolabilidade – com expectativa de abrangência e exclusividade na solução de controvérsias, possibilitando conceituar a norma denotada deste dispositivo como regra constitucional de acordo com o referencial teórico estabelecido no primeiro capítulo desta monografia.

Importa ressaltar que o próprio art. 220, §1º, reconhece como exceção à plena liberdade de imprensa o respeito à honra e à intimidade, corolários imediatos do direito à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, não há, verdadeiramente, necessidade de o julgador/interprete ponderar os valores da liberdade e da dignidade em estado bruto, sobretudo a partir de idéias de utilidade ou de uso ordinário de direitos.

O próprio constituinte originário solucionou o alegado conflito criando exceção expressa ao âmbito de proteção da liberdade de imprensa no que atinge a honra e a intimidade.

Desta feita, não existe a questão de qual direito que deve prevalecer no caso concreto. A solução da lide deve se resumir a avaliar se houve efetivo dano à dignidade.

Todavia, esta afirmação não encerra o processo de estruturação da complexidade. O conceito de dano sobre bens jurídicos tão fluídos e com tão elevada conotação moral pode levar ao engano de que o subjetivismo do juiz ou da pretensa vítima é que resolverá a *questio vexata*.

A verificação do dano deve buscar parâmetros objetivos em vista de oferecer um mínimo de consistência ao sistema jurídico, aumentando a sua previsibilidade e tornando mais possível aos agentes adotarem padrões de conduta que valorizem os direitos formalmente previstos.

Neste cenário, o dano à imagem e à intimidade deve ser visto de forma sistematizada.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar, estabeleceu que ainda que seja possível a vedação de parcialidade aos órgãos de mídia por radiodifusão – em função de sua natureza



de concessionários públicos – isto não os impede de emitir opiniões favoráveis ou críticas, ainda que “em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado.” (STF, 2010, p. 1).

Até mesmo o humor, que para alguns pode não ser entendido como jornalismo e tem uma tendência ao escárnio e ridicularização, é declarado como ferramenta constitucionalmente válida para a divulgação de informações e opiniões, devendo ser permitido *a priori* até mesmo nos meios de radiodifusão, com maior razão nos meios impressos e eletrônicos.

Tal liberdade seria limitada pela configuração de propaganda política ou dano à honra na crítica.

Consta ainda da ementa, o seguinte trecho em que se valoriza a importância da liberdade de expressão do período eleitoral:

6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar, e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF)  
(STF, 2010, p. 2)

A crítica, contudo, deve se restringir a fatos, provados ou comprováveis, atinentes à esfera pública, que devem ser verificados quanto a sua atualidade pelo jornalista, verossímeis e baseados em alegações provadas ou comprováveis.

Não pode, por óbvio, se tratar de ataque pessoal, voltado a assuntos de foro íntimo – como família e sexualidade –, atribuir crime inexistente, injuriar diretamente, com xingamentos e palavras de baixo calão, ou atribuir fato sabidamente inverídico. Pois, como visto no capítulo segundo, a preservação da honra e da imagem compõe regra prevista expressamente no próprio art. 220, §1º, da CRFB como exceção e limite interno à liberdade de imprensa.

Tratar de atos da vida pública, como realizações ou falhas no trato da coisa pública, acusações em curso, processos a que responda, não pode ser visto como dano a honra ou vida privada. E para tanto não é preciso ponderar o direito à imagem com a

liberdade, basta constatar que o incomodo causado pela publicação de erros cometidos não se confunde com violação da honra.

Informar do acontecimento de fato verdadeiro e público, inclusive analisando-o, pode até ser inconveniente para quem se vê em evidência, mas o eventual dano a imagem decorre antes da atitude criticável que da crítica publicada.

Todavia, o que se vê na jurisprudência eleitoral é um casuísmo que leva a insegurança jurídica sobre os limites desta crítica. Em múltiplas ocasiões a radicalização da crítica leva os tribunais eleitorais a compreenderem que se trata de propaganda eleitoral reversa, impondo multas a órgãos de imprensa e eleitores.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. INTERNET. DESPROVIMENTO.

1. Na espécie, o TRE/SP consignou que a irregularidade consiste na divulgação, em sítio da internet, de material calunioso e ofensivo contra a honra e a dignidade dos agravados, conduta vedada pelos arts. 45, III, § 2º, e 57-C, § 20, da Lei 9.504/197, e 14, IX, da Res.-TSE23. 19112010, e que extrapola o livre exercício da liberdade de expressão e de informação.

2. O acórdão recorrido não merece reparos porquanto alinhado com a jurisprudência do TSE de que a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de seu descumprimento (Rp 1975-05/DF, Rei. Mm. Henrique Neves, PSESS de 2.8.2010).

3. O STF, no julgamento da ADI 4.451/DE, manteve a parcial eficácia do art. 45, III, da Lei 9.504/197 e concluiu que o direcionamento de críticas ou matérias jornalísticas que impliquem propaganda eleitoral favorável a determinada candidatura, com a conseqüente quebra da isonomia no pleito, permanece sujeito ao controle a posteriori do Poder Judiciário.

4. O pedido para redução da multa não merece conhecimento, pois constitui verdadeira inovação de tese recursal, vedado em sede de agravo regimental (AgR-REspe 82-19/PE, de minha relatoria, PSESS de 29. 11.2012). De todo modo, a agravante não indicou qualquer elemento que demonstre a desproporcionalidade ou a irrazoabilidade da multa.

5. Agravo regimental não provido.

(Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 8005-33.2010.6.26.0000/SP. Rel. Min. NACY ANDRIGHI. Julgamento em 18 de abril de 2013. Publicado em sessão)

Da mesma Ministra Relatora:

Trata-se de representação ajuizada pela Coligação "O Brasil Pode Mais" e José Serra contra a empresa Três Editoriais Ltda., responsável pela publicação da revista semanal ISTOÉ, requerendo direito de resposta, em razão de divulgação de matérias supostamente de conteúdo ofensivo e criminoso contra o candidato José Serra.

Alegam que, "numa edição sem precedentes, a revista ISTOÉ publicou quatro matérias distintas, todas elas dedicadas a atacar o bom nome e imagem do candidato Serra, numa nítida campanha publicitária engendrada a atuar no cenário eleitoral" (fl. 3).

(...)

Por outro lado, os meios de comunicação, desde que não se trate de concessão pública, são livres para fazer opções políticas, o que não podem é abusar do exercício da liberdade de informação da imprensa escrita, pois eventuais abusos ou uso indevido desses meios de comunicação poderão ser punidos na forma do art. 22 da LC nº 64, de 1990. Nesse sentido, cito como paradigma o AgRg na Rp nº 1.333, rel. M in. Marcelo Ribeiro. Na hipótese dos autos, tenho que a matéria impugnada, nos termos em que veiculada, não gera direito de resposta. Entendo que os fatos narrados, embora contundentes, não ultrapassaram a esfera do exercício da atividade jornalística e da livre manifestação. Além disso, as passagens impugnadas foram extraídas de notícias que circularam em outros meios de comunicação. Não há como afirmar que o texto jornalístico relata fatos sabidamente inverídicos. É nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

Forte nessas razões, julgo improcedente a representação.

(Tribunal Superior Eleitoral. Representação n. 371595/DF. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Decisão monocrática publicada no mural em 17/11/2010. Disponível em [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br))

Logo se vê que a caracterização do abuso na crítica não é feita a partir de uma comparação de casos, da busca pela construção de uma história institucional, de uma coerência interna do sistema. A retomada jurisprudencial nos julgados se limita a balizar a surrada expressão de que “a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto” (TSE. AgRg no AI n. 8005-33.2010.6.26.0000. 2013), repetida como um mantra também na doutrina: “Assim como os demais direitos constitucionais, a liberdade de manifestação de pensamento não é um direito absoluto” (MORTE, 2013, p. 4). Ainda neste sentido:

A liberdade em apreço [de expressão ou comunicação] não apresenta caráter absoluto. Em certas situações, admite-se sua limitação. Mas isso só é concebível em casos de evidente e reconhecida gravidade, de modo que não se imponha à sociedade mal maior que o bem perseguido. Deve haver sempre a ponderação dos interesses e valores em jogo.

(GOMES, 2010, p. 305)

Esta grave inconsistência pode ser fortemente reduzida com a adoção de balizas jurisprudenciais mais concretas, uma valorização da liberdade, o expurgo do moralismo judicial e a especificação dos conceitos envolvidos sem um eterno retorno à ponderação e a construção normativa do caso concreto.

Esta análise panorâmica das principais questões controversas na jurisprudência eleitoral acerca da liberdade de expressão demonstrou que a adoção de um método mais estável e uma teoria jurídica que respeite o valor central das regras para o bom funcionamento do ordenamento são essenciais para proteger tanto a liberdade de expressão, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia do pleito.

## CONCLUSÃO

O presente estudo buscou apresentar um panorama geral e crítico a respeito das limitações às liberdades de expressão e de imprensa na seara eleitoral, avançando sobre as bases teóricas que sustentam o atual modelo de solução de divergências.

Viu-se que a prática corrente na jurisprudência eleitoral, baseada em um fenômeno mais geral que se impõe no direito brasileiro – o neoconstitucionalismo ou principalismo –, assume que a liberdade de expressão, de imprensa, o direito à imagem, e a garantia de isonomia no pleito são todos princípios constitucionais, passíveis de serem restringidos pela Lei ordinária e ponderados no caso concreto, em busca da solução justa, pelo julgador de acordo com valores, fins e utilidades sociais por ele discricionariamente escolhidas.

Tal corrente doutrinária representa uma simplificação do modelo de valorização dos princípios proposto por Ronald Dworkin e Robert Alexy – em épocas e ordenamentos diversos – que tem forte embasamento em uma aproximação de direito e moral como método de superação do positivismo e de diminuição, justamente, da discricionariedade do magistrado.

Ambos os autores estrangeiros reconhecem a existência de princípios e regras constitucionais e que a ponderação é uma técnica possível de aplicação do direito, mas não deve ser vista como única ou superior.

A fundamentação clara e profunda é priorizada, a motivação da escolha do peso de cada princípio, dos fatores concretos considerados, dos precedentes reforçados ou afastados, deve ser amplamente destrinchada.

Para Dworkin, ao julgador é imposto um dever de coerência com o direito, de forma que deve buscar a única decisão correta para o caso, ainda que haja grandes debates sobre qual seria esta resposta correta entre diversos juristas igualmente preparados.

As fragilidades deste processo de importação impulsionaram diversos juristas com atuação nacional a buscar descrever melhor este processo e propor novas classificações e métodos adequados à realidade local. Dentre estes, destacou-se Dimitri Dimoulis (grego, atuante na Fundação Getúlio Vargas), Lênio Streck (procurador de justiça e professor universitário no Rio Grande do Sul), Humberto Ávila (advogado e professor em São Paulo)

e Marcelo Neves (Professor Universitário pernambucano com grande produção na Alemanha).

Em comum deste time, pode-se perceber que, no Brasil, o neoconstitucionalismo se tornou sinônimo de subjetivismo, uso abusivo de princípios, falta de método e nuvem de fumaça sobre motivações não jurídicas para a tomada de decisões judiciais.

Ávila propõe que inicialmente deve-se considerar que a constituição brasileira é dotada de regras e princípios, normas com funções diversas e complementares, merecedoras de igual respeito pelo intérprete. As regras teriam primazia na solução da controvérsia, por seu caráter descritivo e sua abrangência de decidibilidade, desde que estejam dentro do campo de proteção do princípio que lhes é subjacente, o qual atua como balizador da regra. Estipula ainda a existência dos postulados, categoria normativa que se volta aos métodos de aplicação do direito.

Neves segue por caminho semelhante em muitos aspectos, ao afirmar que princípios e regras estão em um paradoxo complementar, estas dão concretude a esses, que as fornece legitimidade. Regras e princípios têm as diferentes funções de fornecer coerência e adequação social ao direito diante da sociedade hipercomplexa.

Ávila se destaca pela proposta de um método de aplicação do direito que – ainda que não seja uma panacéia – permite o controle intersubjetivo das decisões a partir de parâmetros claros, sem retirar a força normativa dos princípios, sem absolutizar direitos, ou fazer um retorno ao modelo formalista de regras.

Ato contínuo se demonstra que o modelo neoconstitucionalista, ainda que repute a possibilidade da existência de regras dentre os direitos fundamentais, afirma que tais direitos, até mesmo por seu caráter moral – que torna sua constitucionalização dispensável – devem ser encarados como princípios, pois sua aplicação será tanto melhor se forem submetidos à ponderação e não à subsunção.

Demonstrou-se que tal medida, antes de levar os direitos a sério, despreza em elevada medida a força normativa da constituição, pode levar ao definhamento de direitos considerados menos importantes pelos julgadores e gera um crescente nível de insegurança jurídica que propicia a corrupção do sistema jurídico pelos sistemas político e econômico.

Assim se defende com base em Ávila e Neves que diversos dentre os direitos fundamentais tem caráter de regra – o que não impede a ponderação de todo – e que do mesmo texto normativo podem ser denotadas regras, princípios e postulados, não em função do interesse no caso concreto, mas sim em função das diversas aplicações possíveis da norma.

Em seguida avalia-se que os direitos de liberdade envolvidos devem ser diferenciados, a liberdade de expressão e sua espécie, liberdade de imprensa. Em paralelo o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada, assim como a isonomia do pleito, são classificados novamente em relação aos fundamentos estabelecidos nos capítulos anteriores.

Desta forma é indicado que o direito à liberdade de imprensa, conforme previsto no art. 220, caput e §1º, da CRFB encampa regras constitucionais que descrevem condutas permitidas (liberdade de manifestação do pensamento jornalístico) proibidas (promulgar lei que embarace esta liberdade) e desde já delimita suas exceções, presentes apenas na própria constituição.

Estas regras são atitudes necessárias, mas não suficientes, para a realização do estado de coisas previsto no princípio da liberdade de expressão, art. 5º, IX, CRFB, do caráter prognóstico e voltado a ser aplicado em consonância com outros princípios.

A inviolabilidade dos direitos à honra e à intimidade, art. 5º, X, também configura regra constitucional, devendo ser afastada apenas quando totalmente desviada de seu princípio subjacente, a dignidade da pessoa humana.

Não se passa a ter, com isso, um conflito de regras, posto que o próprio art. 220, §1º, estabelece que a liberdade de imprensa se limita pela inviolabilidade da honra. Ou seja, seria caso de um conflito aparente de normas, posto que não há sobreposição entre estas. Quando o discurso se revelar em concreto dano à honra e à imagem, então não cabe falar de liberdade de imprensa, tornando totalmente dispensável ponderar valores entre situação incomensuráveis, sobretudo quando se considera que o constituinte originário previamente realizou a ponderação, indicando a solução a ser adotada pelo direito pátrio.

Quanto ao princípio da isonomia no pleito – que veda a propaganda extemporânea e o abuso de poder, entre outras condutas – vê-se que este não se encontra dentre as exceções constitucionais à liberdade de imprensa.

Conquanto seja de fato um princípio aplicável, deve se considerar que não exclui os demais direitos. Como visto, período eleitoral não é estado de sítio, portanto, o órgão de imprensa pode expressar-se em favor ou em crítica a qualquer candidato, inclusive apoiando algum destes à vitória.

Todavia, as idéias de propaganda irregular e abuso de direito, tem levado à possibilidade de controle judicial do material jornalístico – seja em qual meio for – para buscar garantir a lisura do pleito.

A noção de abuso de direito tem base no direito civil, dizendo respeito a interesses privados e, via de regra, resolvidos em indenização por perdas e danos, isto é direitos patrimoniais disponíveis.

Ainda assim, foi transplantada para o direito eleitoral, para causar sanções que incluem a suspensão de um direito fundamental, uma teoria da responsabilidade extremamente ampla a ser utilizada sobre o exercício que a constituição nomeia como pleno.

Critica-se essa postura civilista em questões concernentes à limitação de direitos fundamentais – participação política e liberdade de imprensa. Se de um lado há regra constitucional denotando liberdade plena, como se pode falar em abuso fora das exceções que a própria regra impõe?

A jurisprudência indica que este abuso pode vir da repetição e do nível da crítica ou elogio realizados pelo órgão de imprensa. Ora, como ao mesmo tempo pode ser afirmada a possibilidade de apoio de um ente de imprensa se a extensão deste apoio fica submetida ao controle *a posteriori* pelo poder judiciário?

Tal situação não merece prosperar. A plenitude da liberdade prevista no art. 220, não pode se resumir a impossibilidade de censura prévia. Plenitude diz respeito à forma e conteúdo, respeitados os direitos indicados na parte final do art. 220, §1º.

A imprensa escrita e eletrônica não é permissionária de serviços ou bens públicos. A atuação do órgão de imprensa não se resume a informar os fatos, necessariamente pressupõe um conjunto de valores a partir dos quais os criticará e neste processo pode vir a concluir que determinada candidatura é um risco ou um ganho para a sociedade com a qual se comunica.

Cabe ao leitor/eleitor distinguir entre os diversos veículos de imprensa. Ao colocar sobre estes a espada incerta da sanção por abuso de poder, de natureza monetária, cria-se uma dupla exclusão. Os veículos menores serão dissuadidos a não expressar sua opinião, sob pena de responderem a diversos processos e serem eventualmente condenados em multas de valor elevado o suficiente para lhes gerar severo dano financeiro.

Contra estes, e apenas estes, a multa por uso indevido de meio de comunicação realiza seu efeito dissuasório e punitivo, criando efeito de repressão geral prévia. Os meios de comunicação de grande porte ou aqueles que estejam efetivamente sendo financiados para apoiar uma candidatura, pouco se importarão com a imposição de uma multa em dinheiro.

Prejudicado é o eleitor, que tem de ler nas entrelinhas qual a posição política do veículo. A isonomia do pleito estaria melhor resguardada se os órgãos de imprensa tivessem liberdade efetiva para tomar partido, assumindo-se nos seus editoriais, e permitindo o fortalecimento do livre mercado de idéias, dando ao leitor/internauta/eleitor mecanismos para tomar uma decisão livre e informada tanto a respeito de suas fontes de informação como de seu voto.

Seria possível alegar que nas diversas eleições, como visto na jurisprudência colacionada, diversos jornais de pequeno porte são punidos. Ocorre que, nos casos analisados, há sempre ao menos fortes indícios de colusão entre o veículo de imprensa e o candidato beneficiado. Todavia, a jurisprudência tem entendido como mero acessório esta constatação, a qual seria dispensável.

Pede-se vênia para discordar, o órgão de imprensa há de permanecer livre, mas não pode agir com dolo ou fraude contra a legislação em conluio com candidato ou partido. Este fator é essencial para que se demonstre que não se trata de uso da liberdade de imprensa e sim de abuso de poder econômico por conta do candidato que tenta escapar da limitação à quantidade de propaganda, via de regra, fraudando também gastos de campanha.

Para evitar abusos e, simultaneamente, respeitar a liberdade de expressão, a participação do candidato, de doadores de campanha ou agentes públicos, na adoção de tal ou qual postura pelo órgão de imprensa deve restar demonstrada. Adotando-se este mecanismo ambos os direitos tem eficácia garantida, adota-se uma solução previsível e replicável, garantindo consistência jurídica e adequação social do direito.



Quanto aos eleitores a situação muda de figura. A nova redação da Lei das Eleições permitiu em seu art. 57-B, IV, a realização de propaganda eleitoral nas redes sociais e blogs por qualquer pessoa natural, e o art. 57-D garante novamente a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato e determinando direito de resposta em caso de ofensa à honra, imagem, intimidade e vida privada.

Desta feita, até mesmo pedido de voto expresso ou propaganda negativa pode ser realizada pelo eleitor, desde que não resvale ao dano à honra.

O maior risco a que ficam submetidos com esta medida é se realizarem manifestação que seja tratada como propaganda, antes de 06 de julho do ano eleitoral, caso em que podem ser enquadrados pela prática de propaganda extemporânea, na forma do art. 36, §3º, da Lei das Eleições.

A questão mais controversa se resume ao perfeito enquadramento do dano à honra. A adoção da teoria/técnica da ponderação tem impedido a construção de balizas sólidas na jurisprudência sobre que tipo de discursos ou atitudes são capazes de efetivamente atacar a honra. O resultado é um subjetivismo e casuísmo que mantém em risco tanto a dignidade dos cidadãos atingidos como a liberdade de expressão.

Novamente, este jogo de risco beneficia aqueles dotados de maior poder econômico e jurídico.

O método de solução de conflitos entre princípios proposto por Ávila, pode ser adaptado para a problemática da constatação de dano à honra no uso da liberdade de expressão. Primeiramente devem ser definidos e justificados os direitos em aparente embate, no que esta monografia tenta ajudar – em especial quanto ao direito à liberdade de imprensa, em seguida avaliar o que a jurisprudência – em julgamentos não-casuísticos – estabelece como pressuposto por tal norma (qual o estado de coisas determinado pelo princípio ou conduta descrita pela regra). Ato contínuo avaliar as similitudes e distanciamentos entre os paradigmas e o caso analisado.

Cabe ainda, ao julgador, avaliar a replicabilidade da sua decisão, verificar se seus fundamentos foram adotados de uma maneira tal que podem servir de parâmetros para outros casos similares e se contribui assim para a manutenção de um sistema coerente.

Em resumo, ficou claro que as maiores dificuldades encontradas pela Justiça Eleitoral no estabelecimento de balizas à liberdade de expressão e de imprensa advém de uma abordagem casuísta, e de uma adoção irrefletida da técnica da ponderação. A valorização das regras, ao menos em equiparação aos princípios, e a busca por uma coerência interna do sistema tanto quanto a da adequação do direito a uma sociedade hipercomplexa, podem não entregar a única resposta certa, porém certamente seriam capazes de estabilizar expectativas normativas e consolidar o respeito às normas na conduta dos indivíduos.

Assim, a adoção de uma metodologia mais rígida e intersubjetivamente controlável, permite efetivamente levar o conjunto dos direitos a sério, respeitando as decisões tomadas de antemão pela constituição, fortalecendo assim, em última instância, a liberdade, a dignidade humana e a democracia.

## Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª Ed. Revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/março de 2009. ISSN 1981-187X. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2012.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*** (análise crítica de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: [http://www.bdt.d.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1979](http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1979)>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

CONEGLIAN, Olivar. **Eleições** Radiografia da Lei 9.504/97 - 2012. 7ª Ed. Curitiba: Juruá Editora. 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. Brasília: Arcos. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador: UFBA, n. 22, ano 2011.1. ISSN 2236-5850. Disponível em: <http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista22.pdf>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes (Biblioteca Jurídica WMF), 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Liberdade de Informação Jornalística e Seus Limites Frente à Democracia Brasileira Atual**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2013. Disponível em: <[http://tede.mackenzie.com.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2898](http://tede.mackenzie.com.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2898)> Acesso em 01 de novembro de 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes (Biblioteca Jurídica WMF), 2013.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. Expanded Ed. Nova York: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

## Legislação

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>

\_\_\_\_\_, Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Código Eleitoral. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>>

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>

\_\_\_\_\_, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm)>

\_\_\_\_\_, Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>

\_\_\_\_\_, Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4)>

\_\_\_\_\_, Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm)>

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 2356/SP. Recorrente Ministério Público Eleitoral. Recorrido Paulo Alberti da Silva Filho. Relator Ministro Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Brasília, 20 de agosto de 2009. Publicado no DJe em 18/09/2009, p. 22. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14631072/recurso-ordinario-ro-2356-sp>>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. RR n. 34.776/DF. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relator Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, 16/11/2010. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral:plenario:acordao:r.rp:2010-11-16:rp-34776>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. Representação n. 371595/DF. Representante, José Serra e Outros. Representada, Editora Três LTDA. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Decisão monocrática publicada no mural em 17/11/2010. Disponível em:

<<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17574126/representacao-rp-371595-df-tse>>.

Acesso em 01 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 5817- 30/MG. Agravante Ejerson Moraes da Silva. Agravado Ministério Público Eleitoral. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Brasília, 15/02/2011. Disponível em:

<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814553/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-581730-mg>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. Respe n. 9981-45538/SC. Recorrente Editora Atlântica LTDA e Outros. Recorrida Coligação “O Trabalho Continua”. Relator Ministro MARCELO HENRIQUE RIBEIRO. Brasília, 10/05/2011. Disponível em:

<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22863941/recurso-especial-eleitoral-respe-998145538-sc-tse>>. Acesso em 25 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 8005-33.2010.6.26.0000/SP. Agravante Google Brasil LTDA. Agravada Gabriela Shizue Soares de Araújo Pereira e Outros Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Brasília, 18/04/2013. Disponível em:<

<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23286943/agravo-regimental-em-agravo-de-instrumento-agr-ai-800533-sp-tse>>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. Argüente Partido Democrático Trabalhista. Argüido Presidente da República. Relator Ministro CARLOS AYRES BRITTO, Brasília, 30/04/2009. Disponível em:<

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal:plenario:acordao:adpf:2009-04-30;130-12837>>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, ADI 4.451/DF, Requerente Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Requerido Presidente da República e Outros. Relator Ministro CARLOS AYRES BRITTO. Brasília, 02/09/2010. Disponível em:<

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal:plenario:acordao:adi:2010-09-02;4451-3942124>>. Acesso em 02 de dezembro de 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal Regional Eleitoral. RDJE n. 26240, Recorrente: Evandro de Farias e Outro. Recorrido Coligação “A Força do Povo”. Relator Desembargador Hélio do Valle Pereira, Florianópolis, 10/07/2013. Disponível em: [http://tre-](http://tre-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23750136/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-26240-sc-tresc)

[sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23750136/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-26240-sc-tresc](http://tre-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23750136/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-26240-sc-tresc). Acesso em 01 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Eleitoral. RDJE n. 28505. Recorrente: Coligação Tijucas Pode Mais. Recorrido Elmis Manrich Relator: MARCELO RAMOS PEREGRINO FERREIRA, Florianópolis, 30/10/2013. Disponível em:< [http://tre-](http://tre-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24589645/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-28505-sc-tresc)

[sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24589645/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-28505-sc-tresc](http://tre-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24589645/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-28505-sc-tresc)>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

SÃO PAULO, Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. 316-66.2012.6.26.0355. Recorrente Coligação "Cerquilha a Caminho do Progresso". Recorrido Antônio Del Bem Junior. São Paulo, 01 de agosto de 2013. Disponível em:< [http://tre-](http://tre-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24589645/recurso-contradecisoes-de-juizes-eleitorais-rdje-28505-sc-tresc)

[sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23902598/recurso-re-31666-sp-tresp](http://sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23902598/recurso-re-31666-sp-tresp)>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.